DR. JUR. ALFREDO CATTORI

I DIRITTI ACQUISITI DAL CONCESSIONARIO NELLE CONCESSIONI IDRAULICHE

TESI DI LAUREA PRESENTATA ALLA FACOLTA' DI DIRITTO DELLA UNIVERSITA' DI BERNA PER IL CONSEGUIMENTO DEL DOTTORATO IN LEGGE

ISTITUTO EDITORIALE TICINESE - BELLINZONA - 1934

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544728_0003

Dr. jur. Alfredo Cattori

LOCARNO

I diritti acquisiti dal concessionario nelle concessioni idrauliche

Tesi di laurea presentata alla facoltà di diritto della Università di Berna per il conseguimento del dottorato in legge

Bollettini stenografici officiali
dell'Assemblea federale svizzera
(Anni 1913 - 1915 - 1916 - 1930)

Stampato dalle Arti grafiche Grassi & Co. - Lugano-Bellinzona

Alla memoria del
mio papà

Introduzione.

Questa nostra fatica, per la quale chiediamo tutta la benevolenza del lettore, ha lo scopo di portare un po' più di chiarezza e di armonia nel campo ancora oggi annuvolato di quei diritti e di quegli oneri che il concessionario di un'acqua pubblica trae dalla concessione.

Per raggiungere il nostro fine abbiamo combattuto le varie teorie assolute *sulla concessione, per abbracciarle però poi tutte in un giusto complesso, nelle forme di* un compromesso.

A chi, nella trattazione di cotesto argomento, vorrà rimproverarci la mancanza di un principio ben determinato risponderemo due cose:

1) che compito di questo lavoro fu l'analisi di un istituto del diritto positivo che vediamo contemplato dalla legge; tale istituto noi ci siamo proposti di ridurre in chiari e convincenti concetti giuridici.

Questi concetti, ad es. quelli del diritto coercitivo, della norma giuridica o del contratto, sono al di sopra del diritto positivo; essi hanno valore fondamentale; vigono in linea di massima e alla stessa stregua dei principî della logica sono indipendenti dai fatti realmente avvenuti, dai quali non possono essere ricavati per induzione, come è invece il caso per le leggi naturali le quali vengono appunto dedotte dai fatti naturali accaduti.

Pertanto non è cosa possibile il dire a priori, se un istituto del diritto positivo possa venire ridotto senza altro a concetti di validità generale e cioè se esso sia stato ideato giusto e privo di controsenso.

Vi sono nel diritto positivo degli istituti pieni di controsenso, *dirimpetto ai quali il compito della scienza* non è quello *di esporli, di rappresentarceli* forzatamente conseguenti, *anche se non lo sono.*

La scienza non può dominare la logica, ma al contrario essa deve cedere il posto alle esigenze di questa ultima che siano di validità generale; essa deve rappresentarci l'istituto d'ordine giuridico positivo per ciò che esso è realmente, vale a dire come un ordinamento basato su dei concetti contraddicentisi tra di loro.

La scienza non può rappresentarci il diritto positivo diverso da quello che esso è, per far piacere alla logica, ma non deve neppure, per far piacere al diritto positivo, tacere gli errori che esso presenta.

Solo in tal modo essa può rendere comprensibili le singolari difficoltà di tali istituti: se essa si sforza di costituirli secondo il criterio di una rigida logicità. secondo argomentazioni logicamente forzate, le difficoltà verranno forse represse, ma non mai tolte e nella pratica il controsenso dell'ordinamento tornerà di nuovo alla luce.

In questi casi il compito della scienza non è di fare del diritto positivo qualchecosa che esso in realtà non è, di rendercelo insomma diverso dalla sua vera identità, ma bensì quello di confessare apertamente e chiaramente in che consista il controsenso dell'ordinamento giuridico e quali siano le difficoltà da esso (dal controsenso) necessariamente *comportate.*

Con ciò non si vuol dire che le difficoltà possano venire eliminate, ma almeno ci si pone in guardia e

ci si preserva da soluzioni false o solo apparenti — le quali conducono a false vie — e si vedono le difficoltà là dove esse realmente si trovano.

2) che sarebbe ingiusto un rimprovero al legislatore, il quale ha creato un istituto logicamente imperfetto.

Certo è, che una legislazione perfetta dovrebbe soddisfare anche a tutte le esigenze della logica; d'altronde però il legislatore non può, nel mondo delle cose imperfette, statuire sempre il diritto perfetto.

Se lo facesse, cioè se volesse statuire sempre il diritto logicamente perfetto, egli praticamente *si allontanerebbe dalla perfezione ancora di più, che non con una legislazione ancora più illogica, ma corrispondente alle circostanze del caso.*

La logica non deve essere l'unico postulato che il legislatore deve perseguire; a quest'ultimo, che ha creato il compromesso *(il quale non è quindi una nostra invenzione) noi non faremo rimprovero alcuno.*

Ciò che noi vogliamo è che il diritto tenga conto della scienza: ciò che è conforme al compromesso (ad es. l'istituto della concessione) oppure in sè contrastante od anche privo di fondamento, non va risolto teoricamente.

Qui la teorica non offre possibilità di soluzione, appunto perchè la scienza non può con l'aiuto del diritto empirico positivo crearsi una legge logica; essa dovrà invece con la sua logica attenersi al diritto positivo e con la critica procederne all'esame.

Nella trattazione dell'argomento ci siamo occupati anche del problema dei diritti acquisiti che abbiamo inquadrati nelle forme del diritto privato.

Secondo noi il concessionario viene investito con la concessione d'uno di quei diritti, del quale egli solo

può liberamente disporre perchè egli solo vi può rinunziare; senza sua rinunzia il diritto non può mai estinguersi.

Abbiamo ammessa per lo Stato la possibilità di sottrarre o di menomare la concessione per motivi di utilità pubblica, appoggiandoci così anche alle norme della legge federale del 22 dicembre 1916 sulla utilizzazione delle forze idrauliche.

In tutta l'opera ci siamo sforzati di seguire quel solido ed equo spirito elvetico, fautore di soluzioni pratiche ed intollerante di astruse concezioni giuridiche.

Parte I.

Le teorie delle concessioni.

§ I. - Teoria della natura contrattuale della concessione.

E' questa la teoria secondo la quale la concessione altro non è, se non un contratto che viene stipulato tra il concessionario da una parte e lo Stato dall'altra.

Il maggiore rappresentante di questa scuola è Rüttimann, secondo il quale la stipulazione di una concessione crea un diritto privato. (vedi Rechtsgutachten über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen Zürich 1870).

Ora tutti i diritti sono di natura pubblica o di natura privata: alla prima categoria appartengono quelli che hanno per soggetto od oggetto un ente pubblico; alla seconda quelli che hanno per soggetto od oggetto l'individuo, la persona, il privato.

In questa classificazione dei diritti assume grande importanza il problema dei *diritti acquisiti o diritti garantiti.* (ved anche § 14).

Secondo Rüttimann questi *jura quaesita* non si contraddistinguerebbero affatto dai diritti privati; come ogni diritto privato è nello stesso tempo un diritto acquisito, così ogni diritto acquisito è anche diritto privato essendone di questo oggetto ed emanazione.

La qualità essenziale di qualsiasi diritto acquisito è appunto quella di essere una parte costitutiva di ogni diritto privato e precisamente quella parte per la quale il diritto privato si contraddistingue da quello pubblico.

I diritti pubblici sono una parte ed una emanazione della sovranità dello Stato; i diritti privati invece si basano su di *un titolo speciale*, su un titolo d'acquisto che è sempre *un atto volontario* di natura privata, un atto oggettivo insomma protetto contro la sovranità dello Stato.

Anche qualora un diritto privato venga conferito dallo Stato nelle forme di un atto pubblico, il titolo speciale dal quale esso deriva è sempre un atto volontario di natura privata, poichè decisiva non è qui la volontà dello Stato, ma bensì quella dell'acquirente del diritto, che è appunto di natura privata.

Anche *Lassalle* considera come acquisiti solo quei diritti che vengono acquistati mediante un'azione volontaria individuale. (Theorie der erworbenen Rechte vol. I pag. 61).

Si deve perciò conchiudere, secondo Rüttimann, come tutti i diritti acquisiti siano di natura privata perchè posti alla libera disposizione di chi ne è investito.

In via generale i diritti privati vengono creati dall'individuo per un suo atto di volontà; eccezionalmente è possibile però anche allo Stato di concorrere alla creazione di diritti privati; vi sono infatti una quantità di rapporti giuridici privati, che si basano su concessioni conferite dallo Stato. (ad es. lo sfruttamento delle forze idriche).

Anche lo Stato può avere diritti acquisiti a lato del suo potere pubblico; esso possiede accanto alla sua sovranità una sfera di diritto privato; non è perciò le-

cito il negare ad un rapporto giuridico la sua natura privata, perchè questo è di utilità al potere pubblico o perchè da esso è generato.

Tutti i diritti privati dello Stato, quindi anche quelli acquisiti, hanno naturalmente per iscopo l'utile pubblico poichè altro scopo lo Stato non può perseguire; questi può insomma servirsi nell'adempimento delle sue funzioni di mezzi di natura privata e perciò anche di negozî giuridici privati.

Non è lecito fare una distinzione tra *contratti comuni* che lo Stato stipula in qualità di fisco su un oggetto d'indole privata e *concessioni idrauliche* che si riferiscono ad un ramo della amministrazione dello Stato.

Lo Stato viene così ad essere nello stesso tempo soggetto di potere pubblico e soggetto di diritti privati; egli acquista diritti privati nello stesso modo dell'individuo, di una persona privata qualsiasi.

Grazie a questa sua qualità, cioè a quella di potere acquisire diritti privati, è reso possibile allo Stato scendendo alla pari coi privati, di stipulare con questi dei negozî giuridici senza per ciò pregiudicare la sua sovranità.

La concessione idraulica impone al concessionario una quantità di obblighi al cui adempimento egli deve attenersi, non perchè cittadino dello Stato, ma perchè parte stipulante di un negozio giuridico (contratto) al quale ha dato il suo consenso e per il quale si è impegnato.

L'opinione secondo la quale nella concessione è contenuta la garanzia per uno stato di cose giuridicamente certo e continuo, è combattuta da coloro i quali affermano che lo Stato non può trattare alla pari coi

privati, appunto perchè questi essendo sottoposti al suo dominio territoriale, si trovano in una condizione inferiore.

A buon conto, nelle trattative che precedono il conferimento di una concessione, i privati sono giuridicamente equiparati allo Stato; questo può bensì emanare disposizioni arbitrarie, ma il privato non ha l'obbligo di sottomettersi ad esse.

Lo Stato, non tratta insomma in virtù della sua sovranità, ma bensì in qualità di fisco, come autorità fiscale; ora se durante le trattative le due parti sono equiparate è certo che l'una parte, lo Stato, non può assumere diversa posizione senza esporsi al rimprovero d'avere in certo modo offeso l'altra parte, cioè il privato.

Le trattattive tra lo Stato ed il privato giungono ad un risultato quando quest'ultimo abbia ottenuta la concessione chiesta, accettando le condizioni cui essa è subordinata.

In tutto questo processo è facile scorgere un accordo delle parti su di un dato rapporto giuridico, su un contratto infine.

Se lo Stato ed il privato sono nelle trattative giuridicamente equiparati e mediante un negozio giuridico si accordano sugli oneri e sui diritti contrattuali reciproci, non v'ha dubbio che questi diritti e questi oneri sono di natura privata; che non emanano dallo Stato come ente; che non spettano ai concessionari perchè attinenti di uno Stato e che finalmente non possono essere imposti al privato dallo Stato in forza della sua sovranità.

Essi si fondano piuttosto su di una promessa reciproca, su di un accordo contrattuale privato, che è appunto una base concreta ed immutabile.

E' quindi esclusa a priori ogni modifica nelle condizioni contrattuali contenute nella concessione, valendo anche qui le regole vigenti per tutte le altre specie di contratti ed essendo esclusa in via ulteriore la modifica per una revisione della legge.

Queste ultime debbono avere forza retroattiva (vedi art. finale del c. c.) per non pregiudicare le concessioni già esistenti.

I diritti acquisiti prima della emanazione o della revisione della legge, non possono quindi essere pregiudicati nè aboliti.

Infatti è logico che le disposizioni di concessione debbano essere di una certa importanza e non essere lasciate unicamente al libero arbitrio dello Stato.

Questi può riservarsi però il diritto di aggravare gli oneri del concessionario e di intraprendere revisioni legislative, qualora le disposizioni vigenti non corrispondano più alle esigenze moderne; ognuna di queste modifiche presuppone naturalmente, secondo la teorica contrattuale, un risarcimento.

Carrard scinde la concessione in due parti ben distinte che sono: la *decisione* dello Stato d'elargire la concessione ed il *contratto* col concessionario; per esso la concessione è dapprima si un atto di sovranità poichè lo Stato, nel momento in cui ad es. decide la costruzione di una ferrovia, non agisce come un privato, ma bensì come una persona del diritto pubblico; ma poi in un secondo tempo, cioè dal momento della decisione della costruzione in avanti allorchè si tratta di porre in esecuzione la decisione, lo Stato non agisce più come una persona del diritto pubblico, ma si indirizza da privato ai privati coi quali conclude un vero contratto giuridico bilaterale d'ordine privato generante oneri e diritti reciproci. (vedi: Consultation sur

la nature juridique des concessions de chemins de fer. pag. 8).

I rappresentanti della scuola francese sono pure per la teoria contrattuale della concessione :

così *Dalloz :* « la concession est *un contrat* d'une nature spéciale, par lequel un particulier ou une Compagnie s'engage envers l'Etat; elle est un contrat synallagmatique, car il fait naître des obligations réciproques ». (vedi : Répertoire de jurisprudence T XII, pag. 17).

E *Berthélemy* : « la concession est essentiellement un contrat synallagmatique. L'administration est engagée pour un temps déterminé; pour le même temps, le concessionaire est lié envers elle. Les conditions de l'occupation, la rémuneration du concessionaire sont spécifiées dans un cahier des charges ». (vedi : Droit administratif pag. 434); inoltre *Lamé-Fleury:* code annoté des Chemins de fer pag. 356.

Carrard e la scuola francese scindono insomma la concessione in due parti ben distinte che sono: la *decisione dello Stato* d'elargire la concessione ed il contratto col *concessionario:* «sans doute la concession est, tout d'abord un acte de souverainité, soit d'autorité, qu'elle revête ou non la forme d'une convention ».

Poichè per realizzare la sua decisione lo Stato deve rivolgersi al concessionario, (al privato), dapprima in qualità di autorità fiscale, *per poi* stipulare con lui un contratto, possiamo quindi dire che da parte dello Stato la concessione è nello stesso tempo un atto di diritto pubblico e un atto di diritto privato, mentre da parte del concessionario essa è unicamente un atto di diritto privato.

Dalla esposizione delle varie teorie contrattuali possiamo trarre due conclusioni :

1) *che una revisione od abrogazione delle condizioni di concessione è resa impossibile* dal fatto che le due parti contraenti — Stato e concessionario — stanno su di uno stesso piede e che lo Stato non gode qui nulla di più di quanto possa godere qualsiasi altra parte in un contratto tra privati; con la abrogazione di tali diritti contrattuali da parte dello Stato, indirettamente verrebbe ad essere violato anche il principio fondamentale del *vincolo contrattuale,* secondo il quale viene consacrata la immunità dei contratti già stipulati.

Le condizioni contrattuali sono quindi fondamentalmente immutabili, tale essendo stato il volere delle due parti al momento della stesura del contratto.

Qualora invece le parti avessero preso degli accordi, sarebbe loro facoltà di modificare in base a questi le condizioni contrattuali, ove se ne sentisse il bisogno.

2) Eccezioni alla regola sono altrimenti ammissibili, secondo la teoria contrattuale, solo nel caso in cui le disposizioni giuridiche siano diventate col tempo inapplicabili, non corrispondano più insomma alle esigenze attuali; in tutti i casi però la parte pregiudicata nei suoi diritti, potrà pretendere un vero e completo risarcimento dei danni.

§ 2. - La concessione come atto amministrativo unilaterale e revocabile.

Nel suo messaggio del 16 giugno 1871, contenuto nella legge federale del 23 dicembre 1872 concernente la costruzione e l'esercizio delle ferrovie, il Consiglio federale definiva le concessioni come atti della sovranità dello Stato il quale, conferendo una concessione, dà sì al privato alcune garanzie affinchè possa partecipare con una certa sicurezza ad una impresa, ma senza però alienare o pregiudicare con ciò in modo alcuno l'esercizio della sua sovranità o limitarsi nei suoi diritti di fronte al privato.

Secondo *Heusler* la fonte della concessione è una autorizzazione; negativamente egli dice: «die Konzession ist kein Vertrag und die durch die Konzession eingeräumten Rechte und Begünstigungen, so wenig als die darin auferlegten Pflichten, sind keine Vertragsmässigen Berechtigungen und Verpflichtungen». (vedi: Rechtsgutachten betr. die rechliche Natur der Eisenbahnkonzession pag. 7).

Lo Stato conferisce, secondo lui, le concessioni non come autorità fiscale, ma come soggetto della sovranità statale, come rappresentante indiretto degli interessi che quest'ultima deve salvaguardare.

Esso sottopone l'esercizio di una professione al conferimento di una concessione, perchè reputa che la libertà in questo campo sia di danno per l'utile pubblico e conferisce la concessione (perchè soggetto di quei diritti sovrani che vengono così ad essere toccati) ai privati a quelle condizioni che più sembrano opportune alla salvaguardia di quei pubblici interessi, per i quali egli è garante.

Lo Stato può alienare al privato diritti privati; mai i suoi diritti sovrani; la concessione non consiste quindi in un trapasso di diritti sovrani dallo Stato al concessionario, ma è una emanazione della sua sovranità.

Il problema consiste ora nel provare, come possa un atto della sovranità dello Stato generare dei diritti privati.

Il messaggio del Consiglio federale giunge alla conclusione che, essendo i diritti sovrani inalienabili, gli atti della sovranità statale non possano vincolare lo Stato, il quale può quindi disporre di essi liberamente quando l'ordine pubblico o altre necessità d'indole generale lo richiedano.

Ma la concessione, per limitata che sia, crea per il concessionario un diritto privato, afferma Seiler; sarebbe infatti esclusa ogni domanda di concessione per lo sfruttamento di una forza idraulica, se in essa non fosse contenuto un certo valore di carattere giuridico *privato;* lo Stato non troverebbe più un concessionario se dovesse conferire la concessione con la clausola di una revoca lasciata compiutamente al suo libero arbitrio; esso deve dare al concessionario alcune garanzie; ma come potrà esso darne, se a queste non vuole essere vincolato?

I diritti che lo Stato conferisce al concessionario non sono altro che un compenso per i vantaggi che l'impresario verrà a dare alla comunità.

Però la concessione non è un negozio giuridico e i doveri e i diritti da essa contemplati non sono di natura contrattuale!

Un negozio giuridico nel senso vero della parola presuppone che i diritti e gli obblighi da esso generati siano reciprocamente equiparati; che le parti contraenti insomma siano in una medesima posizione giuridica: il diritto generato dal contratto deve essere della stessa specie per ambo le parti.

Lo Stato può dunque stipulare un negozio giuridico con una persona privata solo nel caso in cui possa essere in grado di assumere una personalità di natura privata, ad es. in qualità di autorità fiscale.

Come rappresentante di diritti sovrani esso non può stipulare un contratto con una controparte, la quale non può nè disporre, nè acquisire dei diritti sovrani.

Le reciproche sfere giuridiche sono in questo caso di natura così diversa, che escludono la stipulazione di un contratto, requisito del quale è appunto l'uguaglianza reciproca delle sfere giuridiche.

Ora, emanando la concessione dalla sfera giuridica sovrana dello Stato, non da quella di natura privata o fiscale e non avendo il concessionario facoltà di disporre in una tale sfera, la concessione non può essere un contratto.

Se la concessione fosse un contratto dovrebbe sì lo Stato, nel caso in cui il concessionario venisse meno ai suoi obblighi, aver possibilità di promuovere analoga azione allo scopo di fare esercire regolarmente la concessione, *ma non di annullarla senz'altro!*

E invece lo Stato può sempre procedere ad una revoca della concessione, qualora il concessionario non adempia alle clausole di concessione! che significa ciò?

Che il concessionario possa pretendere un risarcimento, fornendo la prova di avere adempiuto sempre a tutti gli obblighi, è giusto ma non è di importanza alcuna per quanto abbiamo accennato precedentemente.

Qual'è dunque la causa della possibilità di una revoca della concessione?

La causa è questa, che essendo la concessione un atto della sovranità dello Stato e non potendo questo ultimo vincolarsi nei suoi diritti sovrani, la concessione non può essergli di vincolo.

Il messaggio del 16 giugno 1871 afferma che lo Stato con la concessione dà al concessionario delle garanzie, le quali rendono possibile l'impresa; violando la concessione esso può venire obbligato ad un risarcimento, se la violazione avviene a salvaguardia dell'ordine pubblico o d'altre pubbliche necessità.

Si vorrebbero in tale modo salvaguardare gli interessi della società, distruggendone o pregiudicandone la sua base, vale a dire il *diritto*.

E infatti in siffatta guisa l'individuo non sarebbe più sicuro della sua proprietà! lo Stato potrebbe togliere un terreno al privato solo perchè la costruzione di una strada, vale a dire l'utile pubblico lo richiede; ma ciò significherebbe una violazione di diritti acquisiti.

La concessione è un modo d'acquisire diritti privati ad una persona determinata; mediante essa lo Stato crea un rapporto giuridico il cui soggetto è appunto questa persona, la quale viene a godere così di un privilegio; ora ogni privilegio conferito ad una persona privata, viene ad assumere lo stesso valore e lo stesso significato di un diritto privato. (vedi § 5).

Lo Stato può naturalmente, come autorità legislativa, procedere a revisioni di legge che possono essere di svantaggio per il concessionario; se il concessionario vorrà evitare simili svantaggi, dovrà, nella concessione rendere garante lo Stato, farsi dare una garanzia insomma per eventuali abrogazioni o revisioni della legge nel senso di essere sicuramente risarcito.

Heusler, pure accettando in linea di massima la teoria della concessione come atto della sovranità dello Stato, ammette il risarcimento anche se questo non è previsto nell'atto di concessione: «*die Konzession ist ein Privileg und begründet als solches ein gestimmtes Rechtsverhältnis* und singuläres Recht für den Konzessionär. *Sie ist aber* ein der Gesetzgebung gleichwertiger Akt, *Ausfluss der Staatshoheit und als solcher auch zurücknehmbar. Weil jedoch ein Privatrecht dadurch begründet ist, so kann die Rücknahme nur gegen Entschädigung für Konzessionärs erfolgen.* So vermitteln sich die beidersitigen Interessen: dem Staat bleibt sein Hoheitsrecht ungeschmälert, aber seine Kasse löst ihn von seinem Versprechen ».

Poichè noi escludiamo sia la teoria contrattuale, sia quella ora esposta, dovremo inquadrare la concessione in un'altra forma giuridica.

§ 3. - Critica delle teorie esposte sulla concessione.

Prima di tutto dobbiamo osservare l'atteggiamento che assume lo Stato quando conferisce una concessione.

Di un monopolio delle acque vero e proprio non è il caso di parlare; le regalie moderne sono delle autorizzazioni esclusive dello Stato all'esercizio di certe attività economiche; sono dei diritti d'usufrutto di natura giuridica privata che spettano come tali allo Stato.

Soggetto di questi diritti è sempre lo Stato in forza di una norma giuridica; ed esso non può delegarli al privato.

Ora ciò che abbiamo detto vale per gli Stati i quali, mediante privativa, si sono riservati la esclusività dei diritti idraulici; non per quelli che ne lasciano lo esercizio alla attività dei privati, come è il caso della Svizzera, per la quale la concessione non può essere una regalia.

Di certo c'è questo, che la concessione viene conferita al privato da una autorità statale; nostro primo compito sarà di vedere in quale forma essa venga conferita e precisamente se si tratta di un contratto.

Rüttimann dice che la concessione consiste in una accettazione da parte del privato; egli però non fa una distinzione tra lo Stato come ente pubblico e lo Stato come fisco; egli non distingue i contratti comuni,

che lo Stato stipula in qualità di fisco su un oggetto del diritto privato, dalla concessione idraulica, la quale si riferisce ad un ramo della amministrazione dello Stato.

Secondo l'opinione più diffusa vi sono due categorie di contratti: alcuni d'ordine per così dire pubblico (in realtà tutti i contratti sono di natura privata); altri d'ordine privato; i primi vengono stipulati tra due soggetti d'ordine pubblico su un oggetto del diritto pubblico o del diritto internazionale; gli altri sono i contratti comuni.

Rüttimann crede appunto che si tratti d'uno di questi ultimi, cioè di un contratto comune e che perciò lo Stato, conferendo la concessione, scenda a patti col privato in qualità di fisco.

Per *Meili* (das Telegraphen-Recht pag. 12-13) la concessione è un privilegio, una *lex specialis* che crea un rapporto giuridico misto di carattere pubblico e privato e conferisce al concessionario dei diritti privati (con un contenuto giuridico d'ordine pubblico) e dei diritti pubblici.

Hilty ad es. afferma la concessione essere un contratto giuridico d'ordine pubblico, il quale viene stipulato dallo Stato con un privato ed è perciò unilateralmente annullabile.

Un privato però non può logicamente stipulare un contratto d'ordine pubblico: il rapporto giuridico di concessione sarebbe quindi (secondo Hilty) per l'una parte, cioè per il concessionario, solo un contratto privato e per l'altra invece, cioè per lo Stato, un contratto allo stesso tempo d'ordine pubblico e d'ordine privato.

Hilty giunge così ad affermare che un contratto può essere nello stesso tempo d'ordine pubblico e di ordine privato; quindi all'assurdo.

Un contratto richiede infatti l'equiparazione dei diritti e degli oneri o meglio una posizione giuridica equivalente per entrambe le parti.

Ma lo Stato, come soggetto di diritto pubblico, come rappresentante della pubblica autorità, può stipulare dei contratti solo con un altro soggetto che gli sia equiparato nei diritti, cioè con un altro Stato; con un privato lo Stato potrà stipulare dei contratti solo come personalità giuridica privata, solo in qualità di fisco!

E' quindi esclusa per lo Stato, come soggetto di diritto pubblico, la possibilità di venire a trattative con un privato; molto più probabile è perciò la teoria secondo la quale lo Stato entra in rapporti col privato in forza della sua sovranità, com'è appunto il caso per le concessioni le quali vengono conferite in base ad un atto legislativo dell'autorità competente, atto contro il quale il concesionario nulla può fare; *la concessione non gli viene dunque conferita nelle forme di un contratto!* (vedi § 2).

Endemann (vedi: Rechtsgutachten in Sachen der Hinterbliebenen des Hans R. Frei gegen die Direktion der scheweiz. Nordostbahn wegen Schadenersatz pag. 54-55) giunge in via conciliativa a questo risultato: che la concessione, come atto della amministrazione, è sempre revocabile e modificabile; ove però vengano violati dei veri diritti privati dovrà essere versato un risarcimento.

Ora le concessioni che sono conferite dalla stessa autorità nelle forme legali, debbono essere trattate in generale come leggi.

Una legge sulle acque è, come ogni altra legge, subordinata al potere legislativo dello Stato e quindi anche alla libera revoca e modifica da parte della autorità competente.

Su ciò non può esistere dubbio alcuno, essendo la legislazione un attributo dello Stato, indipendente dal diritto.

Il potere legislativo dello Stato è illimitato; contro ciò offre una certa ed unica garanzia il fatto che vi è una garanzia costituzionale e *che le leggi non hanno effetto retroattivo.* (vedi art. 2 del codice civile francese).

Lo scopo di questa norma, comune anche a molte costituzioni cantonali (vedi art. 41 della costituzione ticinese del 23 giugno 1830) è la tutela dei diritti acquisiti.

Da questo potere legislativo illimitato dello Stato si arriva alla conclusione che, eccezioni alla regola, sono possibili; che insomma in casi concreti, a malgrado dei diritti acquisiti, possa essere conferito ad una legge effetto retroattivo.

Anzi possiamo andare ancora più oltre ed affermare l'esistenza di rapporti giuridici, nei quali una legge ha effetto retroattivo anche se questo non gli è stato conferito dal legislatore mediante speciale disposizione.

Vi sono delle leggi le quali esplicano i loro effetti senza curarsi affatto di sapere, se con ciò vengano violati diritti privati dell'individuo.

Esse attingono forza dal fatto di essere determinate da motivi e da scopi morali, politici od economici.

A questa categoria appartengono le leggi sulle acque, che sono sottoposte a rimaneggiamenti continui, essendo il dominio delle acque in continuo sviluppo; siffatte leggi non si cureranno quindi di sapere se con una loro modifica verranno pregiudicati dei diritti privati già esistenti.

La nostra legislazione conferisce dunque alla legge federale sulle forze idrauliche effetto retroattivo

così che, con la emanazione di nuove leggi potranno venire aboliti i diritti conferiti dalla concessione.

Il problema consiste ora nel sapere se l'abolizione di tali diritti acquisiti privati obbliga lo Stato a versare una indennità.

La legge federale riconosce il diritto ad una piena indennità (l'art. 43 della legge federale sulla util. for. idr. lo dice); un obbligo a risarcire esisterà però, secondo l'art. 41 del codice delle obbligazioni, solo qualora sia stato veramente violato un diritto privato.

Ora questa non potendo mai essere ravvisata in una disposizione legale dello Stato, si viene ad escludere il risarcimento; il problema dovrà quindi venire esaminato da un altro punto di vista.

L'equità è il movente primo e predominante del legislatore; in tutti i casi dunque in cui lo Stato dovrà arrecare serio pregiudizio a diritti acquisiti dei privati o imporre altri obblighi che non siano quelli contenuti nella concessione, sarà sua premura di esaminare se ciò possa pretendere in base alla giustizia ed alla equità, oppure se non lo può e allora dovrà corispondere un risarcimento ai danneggiati.

Senza questo esame imparziale lo Stato violerà la coscienza del popolo a detrimento della morale pubblica.

La conclusione è questa: «che la concessione idraulica è un atto della sovranità dello Stato; le condizioni in essa contenute sono sottoposte al libero, incondizionato potere legislativo dello Stato e per ciò *modificabili*; altre disposizioni della concessione costituiscono invece dei veri diritti privati, per i quali i concessionari dovrano venire tutelati; da questo ultimo punto di vista la concessione è da considerarsi come un privilegio.»

§ 4. - La teoria che considera la concessione come un privilegio.

Secondo gli antichi scrittori la concessione sarebbe un privilegio; tuttavia questa affermazione può venire interpretata in due modi e cioè nel senso che la concessione sia un privilegio vero e proprio, così come va inteso nel diritto canonico e nel diritto comune, oppure in un altro senso più vasto, cioè in quanto conferisce un titolo; verificandosi quest'ultimo caso, la concessione non può considerarsi come ben definita; altrimenti la teoria è confutabile.

La teoria della concessione come privilegio è consona solo alla concessione dello Stato assoluto.

Nè lo Stato costituzionale, nè il diritto amministrativo moderno ammettono infatti l'istituto del privilegio.

Ciò spiega perchè tale teoria fosse quella dominante nello Stato a regime assoluto; come privilegio veniva considerato nell'Evo medio un atto del signore mediante il quale, prescindendo dalla legge, si faceva per una persona determinata una eccezione in quanto le si conferiva un diritto speciale, oppure qualche favore.

Questo trattamento speciale poteva consistere in un vantaggio o anche in uno svantaggio; a buon conto era sempre una eccezione alla regola.

Il vocabolo *privilegium* fu quindi usato talvolta anche per definire il diritto speciale che vigeva per alcune classi o strati sociali; ma questo non è per noi di importanza e vi accenniamo solamente perchè siano evitate false interpretazioni.

Il privilegio veniva conferito dal signore senza considerazione alcuna, s'egli lo conferisse come detentore della autorità legislativa o come organo della amministrazione; infatti non esisteva una divisione dei poteri.

Nello stesso modo si procedeva per la revoca dei privilegi; il signore li poteva revocare in ogni tempo; il fisco però doveva risarcire il danno.

Il diritto comune prevedeva delle disposizioni speciali in materia di revoca dei privilegi; in alcuni casi e precisamente nel caso di abuso, il privilegio poteva venire revocato senza obbligo di risarcimento.

E, in un certo senso, avviene così anche oggi, perchè caratteristica della sovranità dello Stato moderno è appunto il carattere illimitato della legge; lo Stato può, nei limiti della costituzione, emanare ed abrogare leggi, conferire e revocare diritto a suo piacimento anche qualora detti diritti siano garantiti da un titolo giuridico speciale.

Ma, d'altra parte, nello Stato moderno l'amministrazione è limitata, potendo essa dare all'individuo dei diritti o fare astrazione dalla legge solo nel caso in cui una legge lo permetta esplicitamente; solo in base alla legge essa ha la facoltà di diminuirlo nel suo diritto; se una tale base manca, essa non può revocare alcun diritto conferito, neppure se di questo si sia grossolanamente abusato o se ragioni impellenti dell'utile pubblico lo richiedano.

La conclusione che se ne può trarre è quindi questa, che la concessione non può venire considerata oggidì in Isvizzera come un privilegio, essendo inapplicabile la teoria sulla abrogazione dei privilegi per il divieto imposto dalla costituzione: «tutti gli svizzeri sono uguali innanzi alla legge. Nella Svizzera non vi ha sudditanza di sorta, non privilegio di luogo, di nascita, di famiglia o di persona». (Vedi art. 4 della costituzione federale).

Il privilegio presuppone l'unione della legislazione e della amministrazione in una persona sola; è quindi chiaro che un istituto giuridico, il quale è compatibile solo con la concezione dello Stato come potere assoluto, diventa impossibile nel caso in cui come oggi quasi dappertutto, amministrazione e legislazione vengono esercitate da poteri diversi.

Il privilegio poteva trovare un fondamento solo in uno Stato assoluto e costituiva appunto un mezzo di difesa contro la potenza assoluta del monarca, il quale poteva rimaneggiare le leggi in ogni tempo secondo il suo libero arbitrio.

Poichè nella legislazione i cittadini non avevano influsso alcuno, per avere delle garanzie si facevano dare dal signore dei privilegi; questi costituivano dei diritti acquisiti i quali erano difesi dal libero arbitrio del signore, sebbene molto debolmente ed in misura minima, in quanto potevano venire aboliti solo dietro risarcimento.

Più tardi il conferimento di privilegi da parte del signore fu subordinato ad un consenso da parte delle classi; a poco a poco si cominciarono a distinguere i privilegi veri e proprî e cioè le facilitazioni giuridiche conferite dalla legislazione, dai privilegi amministrativi.

Essendosi poi questi ultimi così tanto sviluppati da avere la preponderanza, essi vennero ad essere contemplati nel diritto civile.

Il diritto amministrativo svizzero e molti altri non accettarono la teoria dei privilegi, così che oggi non ne rimane in realtà quasi più nulla.

Nella letteratura giuridica moderna il vocabolo privilegio è usato ancora spesso, ma il significato non è più il medesimo.

Per *Crome* il privilegio è una facilitazione giuridica soggettiva, un diritto soggettivo insomma, che viene conferito ad un individuo, non importa se in via di legge o per atto amministrativo, se in virtù della legge o contro di essa.

Dernburg dichiara, essere i privilegi atti speciali dello Stato senza valore di norma giuridica, per i quali però vigono le regole generali che valgono per la interpretazione delle leggi; egli non considera come privilegio il diritto conferito, ma solo l'atto.

Per *G. Meyer* (vedi: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts pag. 93 del § 23) il privilegio è un atto della amministrazione che crea un diritto e conferisce ad un unico soggetto di diritti, una posizione giuridica privilegiata; questa definizione del privilegio corrisponde al diritto moderno amministrativo.

Conclusione: « la concessione idraulica non è un privilegio nel senso dello Stato a regime assoluto, la concezione del quale oggidì più non regge.

Le regole che vigevano quindi sui privilegi oggi non trovano più applicazione; se però si vorrà dare al vocabolo privilegio un altro significato, bisognerà anche darne una spiegazione. »

§ 5. - Confutazioni della teoria del privilegio.

Il diritto allo sfruttamento delle forze idrauliche veniva regolato, nel suo primo sviluppo, unicamente dalla concessione nella quale erano contenute tutte quelle condizioni che lo Stato voleva imporre al privato od alle società.

Però col tempo il continuo sviluppo e la importanza economica sempre crescente dello sfruttamento delle forze idrauliche, costrinsero il legislatore (dapprima quello cantonale, poi quello federale) ad ordinare la procedura ed il conferimento delle concessioni nelle forme di una legge, la quale fosse basata su *principii fondamentali* ed *unificasse* secondo un certo *metodo*, la materia vasta e disordinata.

Si formò così a poco a poco un diritto delle acque, il cui regolamento fu rilasciato alla Confederazione allo scopo di unificarlo.

Questo diritto speciale delle acque è contenuto parte nella legge federale sulla polizia delle acque e parte nelle concessioni.

Col continuo sviluppo e perfezionamento della legislazione idraulica, l'inclusione nella concessione di quella materia che veniva già regolata dalla legge divenne cosa inutile; solo le disposizioni speciali furono così ancora incluse nella concessione.

Ora, siccome da quello che abbiamo esposto nel capitolo precedente e cioè che la concessione crea uno speciale diritto per un caso concreto, è da arguire che essa è un privilegio, poichè conferisce al solo concessionario il diritto all'esercizio di una data forza idrica.

Mediante l'atto di concessione o meglio mediante il conferimento del privilegio citato, viene a formarsi un vero diritto privato, che ha gli stessi effetti giuridici di quei diritti che si acquisiscono con la stipulazione di un contratto.

Rüttimann combatte questa teoria del privilegio ed afferma che un diritto privato può essere acquistato solo con un atto volontario privato.

E infatti nessuno può essere forzato ad esercitare un diritto soggettivo; ciò dipende dal suo libero arbitrio.

Ogni privilegio conferito ad una persona privata viene ad assumere per questa lo stesso valore di un diritto privato; anche il privilegio dell'esenzione dalle imposte, che sembrerebbe di carattere giuridico eminentemente pubblico e che realmente lo è almeno in origine, viene ad essere, una volta conferito, per il privilegiato un diritto patrimoniale e quindi un diritto privato il quale non gli deve essere tolto contro sua volontà.

I giuristi più antichi consideravano la concessione come un privilegio.

H. Koch (nella introduzione all'opera: Deutschlands Eisenbahnen pg. 4 e nota 2) dice: lo sfruttamento delle acque pubbliche è una emanazione della autorità dello Stato, un diritto sovrano del quale un privato può essere investito solo in virtù di un permesso speciale della autorità dello Stato, ad es. con la concessione.

Il conferimento di quest'ultima è spesso preceduto da un atto di libero accordo dello Stato con il concessionario, cioè da un contratto; esso non consiste però se non in un privilegio, il quale ha per il concessionario lo stesso valore di un diritto acquisito d'ordine pubblico che deriva appunto dalla autorità dello Stato.

Gleim definisce pure la concessione come un atto della sovranità dello Stato e quindi come un privilegio; a suo parere la concessione sarebbe un atto unilaterale dello Stato, non però un atto amministrativo, ma bensì un atto d'ordine *legislativo*; quindi una legge speciale. (Vedi: das Recht der Eisenbahnen in Preussen. 1891).

Poichè non si tratta qui di creare una norma giuridica d'indole generale, ma bensì un diritto soggettivo che sarà diverso secondo i singoli casi, è chiaro che non si tratta di una lex generalis, ma di una *lex specialis* di un privilegium insomma nel vero senso della parola.

Dal principio, secondo il quale la concessione sarebbe un atto d'ordine legislativo, si deve conchiudere che essa può venire revocata in ogni tempo, mediante uno speciale atto legislativo.

Siccome essa però costituisce un privilegio, dovrà, in caso di revoca, venire corrisposto un risarcimento a meno che la norma giuridica non preveda il contrario.

Egger concepisce la concessione come un atto della pubblica autorità che ha la sua base, non in un contratto ma in una decisione volontaria del governo e che conferisce a chi lo acquisisce un diritto, un privilegio d'indole personale assoluta.

Questo privilegio dovrebbe poter essere revocato senza risarcimento alcuno, solo nei casi previsti dalla

legge; secondo Egger il diritto acquisito sarebbe in parte d'indole pubblica ed in parte d'indole privata.

I tribunali ordinari non sarebbero quindi competenti in materia, essendo la concessione di natura giuridica o pubblica; il concessionario però, in quanto ha acquisito dei diritti privati, può farli valere in giudizio; i diritti privati non devono essere aboliti dallo Stato.

Le condizioni giuridico-pubbliche contenute nella concessione sono invece sottoposte alla revisione da parte dello Stato.

§ 6. - Considerazioni d'indole generale per una soluzione conciliativa delle teorie fondamentali sulla concessione.

Nel capitolo precedente siamo giunti alla conclusione che la concessione viene ad essere un compromesso tra il diritto pubblico ed il privato, dal quale i privati traggono dei diritti soggettivi.

D'altra parte lo Stato può modificare le condizioni di questo rapporto giuridico invocando l'utile comune, il bene della generalità.

I privati che vengono in tal modo danneggiati e giuridicamente diminuiti, possono far valere i diritti acquisiti mediante l'atto di concessione.

Ora è opinione generale (Mayer, Fleiner ecc.) che detto rapporto giuridico appartenga al diritto pubblico; sia da questo dominato e possa quindi essere modificato qualora l'utile pubblico lo richieda; d'altra parte devono rimanere riservati i diritti del concessionario al risarcimento.

Com'è possibile che una tale distinzione possa avvenire senza pregiudicare la unità di questo istituto giuridico?

A questo proposito va considerato quanto segue: qualsiasi istituto di diritto pubblico dev'essere subor-

dinato al fattore *utile pubblico;* qualora quest'ultimo lo renda necessario è giusto che vengano apportate le modificazioni del caso; il legislatore ad es. può procedere a modifiche in materia fiscale, senza che il proprietario fondiario protesti per violazione appellandosi ai suoi diritti acquisiti; egli deve modificare la legge se le circostanze richiedono un nuovo ordine di cose.

Se noi confrontiamo la prima fattispecie con la seconda, noi vediamo che quella, cioè il rapporto di concessione, presuppone il consenso del privato, mentre questa e cioè il rapporto fiscale, viene creato e dominato dalla sola legge; è insomma un puro onere legale, mentre *l'altro è in un certo qual modo un onere voluto;* appunto per questo la concessione viene definita come un contratto; là dove il consenso del concessionario fu di importanza essenziale per il sorgere di un rapporto giuridico, ogni modifica o sottrazione sarà subordinata sempre alla approvazione da parte del concessionario; ciò invece che fu creato a vantaggio del benessere pubblico, potrà anche venire modificato se questi realmente lo esige.

E in ciò sta appunto la singolarità ed incertezza, la contraddizione intrinseca di questo rapporto giuridico d'ordine pubblico il quale, può essere creato solo col consenso di un privato qualsiasi; che è lasciato insomma al libero arbitrio di una persona.

L'utile pubblico propugna lo sfruttamento delle forze idriche; quest'ultimo è però solo possibile se un privato qualsiasi vi si decide; qualora nessuno se ne occupasse il problema idrico resterebbe una cosa morta.

Ciò sembra un controsenso, cioè che funzioni propugnate dall'utile *pubblico* vengano subordinate al libero arbitrio dei *privati.*

Emerge dunque che questo rapporto giuridico è *un compromesso tra la necessità del pubblico interesse e il caso, la combinazione del privato libero arbitrio.*

Giuridicamente il concessionario può venire vincolato solo dopo aver dato il suo consenso, il quale verrà espresso dal privato solo se lo Stato gli avrà dato alcune garanzie.

Logicamente le condizioni contrattuali non dovrebbero essere modificate dallo Stato senza il previo consenso da parte del concessionario.

La cosa sarebbe infatti così, se a formare il rapporto giuridico concorressero due consensi reciproci liberi, se il rapporto fosse cioè un contratto nel senso vero del diritto delle obbligazioni!

Come spiegheremo quindi un tale controsenso?

L'unica soluzione, quella che sola potrebbe venire incontro al punto di vista giuridico-pubblico dello Stato ed a quello giuridico-privato del concessionario sarebbe, secondo *His* (vedi: Geschichte des neuen schweiz. Staatsrecht vol. I pag. 523), quella di lasciare facoltà allo Stato di modificare gli oneri del concessionario; di svincolare però costui dal contratto senza pregiudizio dei suoi interessi, qualora le condizioni promesse non gli possano più essere mantenute.

Una tale facoltà dello Stato è però una via di uscita poco onorevole, potendo questi così venir meno alle sue promesse appellandosi all'interesse generale.

Al momento del conferimento della concessione lo Stato dovrebbe quindi dichiarare subito ed esplicitamente al concessionario: « ciò che ti prometto nell'atto di concessione potrà essere da me modificato in qualsiasi modo e in ogni tempo, qualora l'utile pubblico lo richieda. »

O con altre parole: « io non posso prometterti nulla di certo; le mie promesse saranno sempre subordinate alle necessità ed alla amministrazione dello Stato. »

Con ciò sarebbe salvaguardato il pubblico interesse.

Secondo l'attuale legislazione il concessionario non può pretendere insomma che il diritto idraulico conferitogli rimanga immutato; un diritto gli rimane però e precisamente quello di poter venire risarcito qualora le condizioni contrattuali vengano modificate.

Se il rapporto di concessione fosse un puro rapporto legale dovrebbe l'applicazione erronea della legge, essere sostituita senz'altro con quella giusta; però, siccome il concessionario può venire vincolato solo in forza del suo proprio consenso, i suoi oneri ed i suoi diritti devono poter essere giudicati e definiti solo secondo quelle *condizioni contrattuali* per le quali egli si è vincolato.

La designazione a concessionario avviene secondo la legge; non tutte le norme contenute nella legge federale sulla utilità delle forze idr. sono quindi parte integrante della concessione; possono vincolare però solo in quanto esse sono il contenuto della concessione o solo in quanto esse lo possono diventare.

Da ciò che abbiamo visto lo Stato non può insomma con la revisione della legge, secondo la teoria contrattuale, modificare la posizione giuridica del concessionario prima che sia trascorso il termine di concessione, senza venir meno alle promesse contenute nell'atto; esso non potrà peggiorare la posizione giuridica del concessionario.

Potrà invece lo Stato mediante ulteriori revisioni della legge, migliorare la posizione giuridica del concessionario?

Sorgerebbero in tal modo dei diritti acquisiti? Potrebbe lo Stato abolire tali diritti?

In linea di massima la posizione giuridica del concessionario non dovrebbe venire peggiorata, nè migliorata; *non peggiorata*, perchè ciò che gli fu garantito al momento del conferimento della concessione dovrà essergli mantenuto; *non migliorata*, unilateralmente, perchè i vantaggi ottenuti dal concessionario in forza della concessione non gli vennero conferiti gratis et amore Dei, ma bensì solamente dietro una certa prestazione.

Ora se lo Stato gli conferisce nuovi vantaggi è logico che viene a scomparire quell'armonia che è essenziale nel rapporto che corre tra prestazione e controprestazione, a tutto vantaggio del concessionario ed a sfavore dello Stato, quindi indirettamente anche del benessere pubblico; il che costituisce *un'ingiustizia* di fronte alla collettività, perchè crea un privilegio personale condannato dall'art. 4 della costituzione federale.

I requisiti per i diritti del concessionario, se si tratta di diritti soggettivi, sono i medesimi che valgono per le pretese emananti dai contratti d'ordine privato.

Una eventuale controversia sul loro contenuto deve essere giudicata secondo il *volere delle parti* e cioè secondo quanto venne deciso al momento del conferimento tra lo Stato ed il concessionario.

Il concessionario potrà appellarsi ai suoi diritti acquisiti come qualsiasi altro soggetto di diritti privati, qualora vengano apportate delle modificazioni alla legge.

■

Secondo il prof. *Walter Burkhardt* la concessione è un atto della amministrazione per mezzo del quale lo Stato conferisce ad un privato un diritto d'uso, (vedi: die Organisation der Rechtsgemeinschaft pagina 103).

La concessione non sarebbe, secondo lui, un contratto d'indole privata; se così fosse si dovrebbe mettere l'obbligo per lo Stato e per il concessionario di venire vincolati civilmente al contenuto della stessa e cioè dovrebbe lo Stato mantenere la concessione fino a che il termine ne fosse trascorso ed il concessionario dovrebbe eseguirla ed esercitarla.

La cosa non sta però così, poichè lo Stato in pratica si riserva il diritto di modificarle od anche di revocarle, nel caso in cui l'utile pubblico lo richiedesse.

Lo Stato non può disporre del diritto d'uso delle acque a favore di un privato; esso non può vincolarsi di fronte ad un terzo per l'avvenire; la concessione viene sempre conferita con la riserva dell'utile pubblico.

Oggi infatti viene riconosciuto dai più *che la concessione non investe il concessionario di un diritto acquisito allo sfruttamento del corso d'acqua, ch'egli possa far valere di fronte allo Stato.*

Dal momento che lo Stato è autorizzato ad espropriare il terreno di un proprietario privato qualsiasi, a maggior ragione o per lo meno col medesimo diritto potrà essere sottratta o menomata al concessionario la concessione, dato che quest'ultimo non può avere diritto ad una tutela maggiore di quella che spetta ad un proprietario privato qualsiasi; ad entrambi verrà però corrisposto un risarcimento.

Il concessionario ad es. non si assume l'obbligo contrattuale di esercitare la concessione; la inosservanza dei suoi obblighi non significa una violazione del contratto.

Se però lo Stato revocasse la concessione perchè rimasta inutilizzata entro il termine stabilito, il concessionario non avrebbe diritto alcuno ad un risarcimento.

Qui non ha importanza alcuna il fatto per cui si definisce la concessione o come un atto unilaterale della amministrazione o come un contratto bilaterale d'ordine pubblico.

Se con ciò si vuol dire che la concessione può essere conferita solo su domanda e d'accordo col concessionario, è giusto; ma se invece si vuol dire che lo Stato, in via ulteriore, non può sottrarre o menomare la concessione senza commettere una violazione giuridica e dover corrispondere quindi una indennità, allora si viene ad essere in contrasto col nostro diritto, il quale permette tali violazioni.

In Francia il contratto di concessione è un contratto giuridico d'ordine amministrativo, il quale non può venire modificato dallo Stato in via ulteriore.

Anche Endemann, Mayer, Fleiner e Korman scorgono nella concessione un *atto d'indole amministrativa.*

Secondo *Endemann* (vedi: Rechtsgutachten in Sachen des H. R. Frei gegen die Direktion der Schweizer. Nordostbahn gegen Schadenersatz pag. 54) la concessione è un atto amministrativo il quale si manifesta però nelle forme di un contratto, mediante un accordo volontario.

Il conferimento della concessione viene quindi a creare un rapporto giuridico bilaterale tra concessionante e concessionario; il quale rapporto possiamo considerare come d'indole contrattuale in quanto esso autorizza a sollevare pretese di natura privata.

D'altra parte però la concessione, essendo un atto della amministrazione dovrebbe creare per il conces-

sionario dei diritti e degli oneri di diritto pubblico, giudicabili quindi in via amministrativa.

Il che dovrebbe dunque valere tanto per i diritti del concessionario quanto per quelli dello Stato; Endemann giunge invece ad una conclusione diversa, in quanto egli dice che, avendo la concessione il suo fondamento in un accordo, quest'ultimo dovrà generare dei diritti e degli oneri che costituiranno le pretese reciproche di diritto patrimoniale.

Ora per far valere i suoi diritti lo Stato non ha bisogno di promuovere causa, possedendo mezzi bastanti in via amministrativa per raggiungere il suo scopo; invece il concessionario, il privato deve poter promuovere causa non avendo altri mezzi per conseguire il suo fine, di quelli che gli vengono offerti in via giudiziaria.

O Mayer (vedi Deutsches Verwaltungsrecht pagina 96) scinde l'atto amministrativo dal diritto conferito; egli dice che la concessione è un atto d'ordine amministrativo e che appartiene precisamente a quella categoria di atti, i quali conferiscono al concessionario un certo potere sulla pubblica amministrazione.

In quanto atto della pubblica amministrazione la concessione sottostà quindi alle regole generali che vigono per gli atti amministrativi; in quanto negozio giuridico essa conferisce invece al concessionario un diritto soggettivo all'esercizio di una impresa pubblica; vi è quindi da parte dello Stato delegazione di un ramo della propria amministrazione a favore di una persona privata la quale ne cura l'esercizio come se si trattasse di un diritto proprio.

Conclusione è che il concessionario ha diritto alla tutela giudiziaria come un privato qualsiasi.

L'amministrazione dovrebbe poter violare questo diritto solo nel caso in cui la legge o una riserva nell'atto di concessione lo permettessero.

Otto Mayer fu il primo a inquadrare l'essenza giuridica della concessione nel sistema del diritto amministrativo: « die Verleihung, Konzession, ist ein Rechtsinstitut des öff. Rechts von allgemeiner Bedeutung.

Immer handelt es sich dabei um einen Verwaltungsakt ». (Vedi Deutsches Verwaltungsrecht § 39 pag. 95).

Anche per Fleiner la concessione è un atto amministrativo, mediante il quale viene delegato al privato un monopolio dello Stato. (vedi Schw. Bundesstaatsrecht § 59 pag. 570-72).

Parte II.

Tesi conciliativa.

§ 7. - La concessione è un compromesso tra il diritto pubblico ed il diritto privato.

Secondo il prof. *Walter Burckhardt* tutta l'istituzione delle concessioni è basata su di un *compromesso.*

Lo studio delle varie tesi ci ha condotti a sostenere questa *soluzione conciliativa* anche se essa, come del resto abbiamo già detto nella introduzione, sia *giuridicamente discutibile,* se non addirittura insostenibile.

Noi diamo la preferenza ad essa tesi, perchè è *la sola che possa guidarci praticamente* attraverso l'intricata matassa delle teoriche sulla concessione, verso una soluzione.

Essendo le tre teorie principali sulla concessione di carattere assoluto, ci sforzeremo di trarre da ciascuna di esse ciò che più ci sembrerà logico ed equo, per ordinarlo insieme e ottenerne così *un edificio teoricamente discutibile, ma praticamente solido.*

Dal giorno in cui la tecnica moderna ha reso possibile il trasporto d'energia elettrica su lunghe di-

stanze, il legislatore considera lo sfruttamento delle forze idriche come un oggetto del pubblico interesse; egli ha creduto bene pertanto di non abbandonare la utilizzazione del nostro ingente patrimonio idrico alla iniziativa ed alla speculazione dei privati, ma di riservarsi in via di massima il diritto allo sfruttamento di questa ricchezza naturale.

Perciò egli ha dichiarato, già molto tempo prima, essere i maggiori corsi d'acqua di dominio pubblico e trasferita la loro utilizzazione in linea fondamentale allo Stato (cantone, comune o distretto), là dove essa giaceva ancora nelle mani dei rivieraschi.

Ora se il legislatore, conscio di questo stato di cose, fosse proceduto *logicamente* nel loro nuovo ordinamento, avrebbe dovuto dirsi secondo noi: « lo sfruttamento delle forze idriche naturali è cosa di pubblico interesse; lo Stato ha la tutela del bene pubblico; allo Stato incombe quindi l'obbligo di far sfruttare nella giusta maniera le forze idriche naturali non solo, ma anche quello di far sì che dette forze vengano realmente e conformemente sfruttate ».

Se il legislatore avesse così ragionato, lo Stato o meglio ancora la Confederazione stessa se ne sarebbero assunti l'incarico e senza dubbio solo in tal modo lo sfruttamento avrebbe potuto venire assolto *logicamente*.

Solo sotto una sola guida e con una amministrazione unica si sarebbe potuto procedere in questo campo conformemente all'utile pubblico, ottenendo cioè il massimo rendimento contro una spesa minima; solo in tal modo tutti avrebbero potuto disporre della energia elettrica alle *stesse* condizioni, dietro equo e discreto pagamento.

L'applicazione logica del principio, per cui lo sfruttamento delle forze idriche è oggetto del pubblico interesse, sarebbe stata quella della statizzazione dell'esercizio allo stesso modo come hanno fatto i comuni nella creazione di aziende proprie per l'acqua potabile.

Tale logica realizzazione di un giusto principio fu avversata da difficoltà d'ordine empirico, quali ad es. la gravità della speculazione finanziaria da esso comportata.

Troppa poca esperienza si era raggiunta in quel tempo, sia dal lato tecnico sia da quello finanziario, per poter giungere ad una statizzazione delle forze idriche.

Lo Stato ragionava altrimenti: « io devo salvaguardare l'interesse pubblico e d'altronde far sì che le forze idriche vengano utilizzate con la minima spesa e conformemente all'utile della collettività; il mezzo migliore per riuscirvi sarebbe quello di intraprenderne io stesso la utilizzazione, ma motivi d'ordine finanziario, sino ad oggi almeno, me lo impediscono.

D'altra parte però non ne voglio lasciare lo sfruttamento completamente alla iniziativa del privato, come è il caso per l'approvvigionamento del carbone che viene lasciato al commercio privato. »

Ragione per cui, dice lo Stato, io mi scelgo una via di mezzo: lascio all'impresario, al privato il rischio della speculazione commerciale, ma lo sottopongo nello esercizio della sua impresa a quelle limitazioni ed a quegli oneri che la tutela del bene pubblico comporta necessariamente.

I privati devono sfruttare le forze idriche a loro rischio e pericolo, in modo tale da giovare al pubblico interesse.

Ora poichè lo Stato impone all'impresario privato il rischio dell'impresa, è giusto che lo metta anche in una posizione giuridica *sicura*, sulla quale il privato possa contare onde svolgere con profitto la propria speculazione; egli deve sapere *quale specie* di diritto d'uso lo Stato gli ha conferito ed avere la certezza che esso diritto gli venga lasciato per un certo e ben determinato tempo.

Lo Stato gli conferisce insomma *un diritto certo e ben determinato* allo sfruttamento di un corso d'acqua pubblico, *un diritto fondamentalmente inabrogabile, ma in pratica abrogabile dietro risarcimento;* poichè ciò che il privato vuole è la garanzia per l'interesse del proprio denaro.

In ciò sta appunto l'essenza della concessione : da una parte essa fonda e conferisce al concessionario un *diritto certo e ben determinato,* il quale presenta la stessa garanzia di quegli oneri cui l'impresario si sottopone di fronte ai suoi creditori, (banche ecc.) i quali hanno pure dei diritti certi e ben determinati; d'altra parte la Stato deve sempre tutelare il pubblico interesse.

La bilateralità di questo pensiero fondamentale emerge anche dalla sua motivazione giuridica: da una parte troviamo un *atto amministrativo* che viene conferito secondo le norme del diritto pubblico; dall'altra il fatto che l'atto conferito dallo Stato *deve venire accettato* da un privato e la cui validità dipende dal suo *consenso;* da un lato gli oneri d'ordine pubblico del concessionario che vengono controllati d'ufficio dallo Stato; dall'altro l'esercizio e la speculazione nell'interesse del privato; da un lato la possibilità di una modifica per motivi di utilità pubblica, dall'altro la inalterabilità di un diritto quale requisito fondamentale della impresa privata.

La concessione, la quale deve soddisfare ad un interesse pubblico e tutelare una impresa privata, non *è in realtà* che un prodotto contenente elementi di diritto pubblico ed elementi di diritto privato, *un istituto misto insomma.*

La concessione è diritto pubblico perchè costituita di un atto amministrativo il quale impone degli oneri d'ordine pubblico e può essere revocato o modificato se l'interesse pubblico lo richiede; d'altra parte essa è un atto che abbisogna del consenso di colui che si vincola e che senza detto consenso non può essere nè abrogato, nè modificato senza risarcimento.

Da quest'ultimo punto di vista la posizione giuridica del concessionario di fronte allo Stato è identica a quella del creditore dirimpetto al debitore.

L'art. 97 del codice delle obbligazioni dice infatti : il debitore che non adempie alla obbligazione o che non vi adempie nel debito modo è tenuto al risarcimento del danno derivatone, a meno che provi che nessuna colpa gli è imputabile.

Lo Stato si vincola in un certo modo per la tutela del pubblico interesse, per il soddisfacimento del quale egli si rimette alla lealtà dell'impresario; egli si priva dello sfruttamento delle forze idriche per lasciarlo a quel privato che si dichiari pronto ad intraprenderlo.

Tutto ciò non è altro che un compromesso, già nella essenza della motivazione: da un lato la salvaguardia del pubblico interesse e dall'altro la costituzione di diritti certi e ben determinati per l'impresario.

Che cos'è un compromesso ?

Nient'altro se non una via d'uscita, illogica se si vuole, ma corrispondente ai principî della equità e della pratica.

Il compromesso essendo la negazione dell'assoluto è di conseguenza privo di unità; la concessione, *che è*

un compromesso, non è quindi un istituto di carattere assoluto; la sua unità viene pregiudicata da due fattori distinti che sono:

la sovranità dello Stato dipendente dal diritto pubblico e *l'atto o contratto di concessione* contemplato nel diritto privato e più precisamente nel codice delle obbligazioni.

Come già dicemmo nella introduzione, torniamo a ripetere ancora una volta che una tale motivazione, cioè il compromesso, nel campo delle scienze naturali non sarebbe scientifica perchè là ogni fenomeno posto che sia deve essere spiegato; *la legge naturale deve concordare coi fatti* e cade tosto che venga a trovarsi in contrasto con essi.

Le norme fondamentali dell'etica invece stanno a sè e si sostengono indipendentemente dai fatti.

Le disposizioni, *le leggi* emanate dal legislatore *non sono* affatto *decisive per ciò che ha da essere razionalmente*, vale a dire per ciò che deve corrispondere ai principî della giustizia e della logica; esse infatti sono imperfette se non vennero formulate secondo i principî menzionati.

Il cultore delle scienze naturali deve subordinare la formula delle leggi ai *fatti*, ai fenomeni naturali; il giure-consulto invece non può subordinare i suoi principî fondamentali (i fondamenti del giure) al contenuto delle *leggi* già esistenti, perchè è possibilissimo che queste siano imperfette, (vuoi ingiuste perchè non corrispondenti ai principî della equità, vuoi errate perchè contrastanti in sè stesse) appunto perchè opera della mente imperfetta dell'uomo.

Nel caso nostro, cioè in quello delle concessioni, il legislatore ha ideato e creato *una istituzione* che fa a pugni, che è *in contrasto con sè stessa*, non appartenen-

do completamente nè al diritto pubblico, nè al diritto privato; egli ci ha dato cioè un istituto misto in cui si fondono gli elementi di due diritti ben distinti: il diritto pubblico ed il diritto privato.

Ora *la scienza giuridica deve accettare l'istituto della concessione così come esso è,* vale a dire come fu creato dal legislatore e cioè *giuridicamente illogico, ma pratico* nella realtà; ma essa non può rendere logico ciò che è illogico, ciò che è in contrasto con sè stesso e non può d'altronde crearne uno migliore perchè questo non è compito suo.

La teoria di un istituto giuridico non può essere migliore dell'istituto stesso; se il legislatore, nella creazione di un istituto, è venuto a trovarsi in contrasto con sè stesso, la teoria non deve ignorarli tali contrasti, ma al contrario essa deve cercarli ed accertarli.

Compito della scienza giuridica non è quello di porre in armonia tutto il diritto positivo, ma piuttosto quello di procederne alla critica; essa non deve rendere la legge migliore di quello che è, ma con l'aiuto della critica può dimostrare quali siano gli elementi della legge in sè contraddicentisi; in base ai risultati così ottenuti il legislatore potrà poi migliorare la legge.

La pratica e la teoria (la quale è maestra della pratica) *non devono lasciarsi dominare dal diritto positivo in sè contrastante,* abbandonandosi così a finzioni giuridiche acrobatiche e ad artifizî (apparenti) unicamente *per il gusto di renderci teoricamente compatibile con sè stessa una cosa che invece non lo è.*

Esse devono invece limitarsi a costruzioni giuridiche *sagge* — seppure in teoria poco conseguenti — che *non* abbiano come fondamento *i criteri falsi della rigida conseguenza logica;* così si persuaderanno della imperfezione del diritto positivo ch'esse hanno sanzionato.

§ 8. - Concessione di diritti idraulici.

La capacità di beneficiare dei corsi d'acqua, vale a dire il potere dispositivo su di esse, consiste in due cose: anzitutto nella facoltà di sfruttare essi stessi una forza idrica (nel nostro caso questa facoltà spetta allo Stato); secondariamente nel diritto diciamolo pure dello Stato di trasmettere tale facoltà ai terzi, ai privati perchè ne assumano lo sfruttamento.

Di quest'ultimo diritto si vale appunto da noi lo Stato, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, per non incorrere nei rischi della speculazione finanziaria privandosi così in un certo modo del potere dispositivo *diretto* sulle acque pubbliche.

Egli investe insomma il privato di una facoltà che spetterebbe in realtà solo a lui.

L'art. 43 della legge federale del 22 dicembre 1916 sulla utilizzazione delle forze idrauliche dice che il concessionario con la concessione acquista, nei limiti dell'atto di concessione, il *diritto* alla utilizzazione del corso d'acqua.

Il diritto citato dalla legge è un diritto soggettivo che trova il suo fondamento nell'atto di concessione della sovranità dello Stato ed appartiene alla categoria dei diritti *misti* di carattere pubblico e privato.

In qual modo vengono conferiti tali diritti dallo Stato ai privati? o meglio in quali forme avviene il passaggio della sovranità statale dalla sfera giuridico-pubblica dello Stato in quella privata dei terzi?

Esso avviene, secondo la teoria, in due modi:

a) con la semplice autorizzazione all'uso;

b) mediante la concessione.

La prima è sempre revocabile; la concessione invece fonda un diritto soggettivo per il concessionario, al quale non può venir tolta così facilmente.

Il che non significa che il semplice autorizzato (caso a) non venga tutelato dal giudice contro molestie dei terzi; (ad es. nel caso in cui gli venga tolta la forza idrica) ma il suo diritto viene ad assumere solo il contenuto di un diritto soggettivo *privato*.

La concessione al contrario contiene in sè una dichiarazione volontaria della autorità amministrativa e genera dei diritti e degli obblighi reciproci tra concedente e concessionario, i quali devono avere necessariamente un carattere soggettivo *pubblico*.

Nella semplice autorizzazione all'uso le due parti contraenti non sono reciprocamente vincolate, come avviene nella concessione; il concedente (Stato) si trova in una posizione privilegiata di fronte al semplice autorizzato!

■

Secondo l'art. 59 della legge fed. sulla utilizzazione delle forze idrauliche, che si appoggia all'art. 943 del c. c., le concessioni possono essere intavolate nel registro fondiario come diritti per sè stanti e permanenti qualora vengano conferite per un periodo di trent'anni oppure a tempo indeterminato.

Noi però non scorgiamo la utilità di una tale iscrizione; di solito si iscrivono nel registro fondiario i diritti per sè stanti e permanenti, affinchè possa venire tutelato colui che ad essi vuole appellarsi ed affinchè diventino pignorabili di fronte ai terzi.

Ora la concessione essendo conferita dallo Stato è inalienabile, o meglio può essere alienata solo per il tramite della autorità e non dal concessionario stesso; il quale non deve e non può del resto neppure onerarla con dei pegni, perchè nel caso in cui egli fallisce, i creditori non hanno alcun diritto sulla concessione allo stesso modo come se fosse una cosa impignorabile; *così che non si vede insomma uno scopo per cui le concessioni debbano venire intavolate nel registro fondiario.*

§ 9. - Sottrazioni e menomazioni dei diritti conferiti dalla concessione. Espropriazione, revoca e legge!

Abbiamo visto come i diritti che il concessionario acquista nei limiti della concessione siano dei diritti soggettivi, la cui esistenza gli è stata garantita dallo Stato.

In linea di massima questi diritti sono perciò irrevocabili; essi devono esistere e venire tutelati al concessionario per tutta la durata della concessione; l'individuo non è tenuto a sopportare violazioni nella sfera dei suoi interessi legittimi; la lesione di diritti privati di regola non si giustifica.

Esiste però un fattore importantissimo per la collettività, il quale costituisce l'eccezione alla regola e permette di infrangere, di violare i diritti individuali dei terzi: (nel nostro caso del concessionario): è questi *l'utile pubblico o utilità pubblica.*

Quando detto fattore viene a intromettersi nel rapporto di concessione, *lo Stato è autorizzato dalla costituzione fed.* (art. 23) *a ledere, se è veramente necessario gli interessi del concessionario;* unica *condizione per* una *tale violazione è l'obbligo di risarcimento dello Stato.*

Ma che significa utile pubblico? che cos'è?

Già più volte si tentò di definirlo, ma una vera e propria definizione oggi non la possediamo ancora, non trattandosi di un concetto che si possa inquadrare a priori in una formula.

Noi ci limiteremo perciò a dire che dell'utile pubblico in una concessione si sarà tenuto conto se, senza un pregiudizio troppo grave per il concessionario, un numero di persone grande quanto più si può ne avrà ricavato un vantaggio; *l'utile sarà* per modo di dire *perfetto, quanto più grande sarà il numero delle persone beneficiate e minimo il danno per la persona che ne fa le spese.*

Ed ora che abbiamo esaminato un poco il fattore pubblico utilitario, vediamo in qual modo esso possa venire imposto o meglio in qual modo i diritti soggettivi acquisiti dal concessionario gli possano essere subordinati.

Le possibilità di sottrarre tali diritti sono tre :

a) *la espropriazione.* (atto della amministrazione)

In generale le costituzioni ed i codici si limitano a sancire il principio della espropriazione, lasciando a leggi speciali il compito di stabilirne le norme d'applicazione; lo stesso ha fatto la Svizzera, la quale nell'art. 23 della sua costituzione ne ha sancito il principio; l'art. dice: « nell'interesse della Confederazione o di una gran parte della medesima, ha essa il diritto di erigere pubbliche opere a spese della Confederazione stessa, o aiutare l'erezione delle medesime.

A questo scopo è pure autorizzata a valersi del diritto di espropriazione mediante pieno indennizzo. Le ulteriori disposizioni sono riservate alla legislazione federale. »

In base alla norma costituzionale citata la Confederazione ha emanato delle disposizioni speciali che sono contenute nella legge federale del 20 giugno 1930 sulla espropriazione.

La maggior parte delle leggi enumerano le opere pubbliche per le quali l'espropriazione è ammessa; dato però che il legislatore non è in grado di prevedere tutti i possibili casi di espropriazione e di elencarli nella legge, il sistema si è dimostrato insufficiente.

Delle leggi più recenti hanno rimediato a tale inconveniente, per cui sorgevano dei casi di espropriazione da esse non contemplati, introducendo invece della enumerazione dei singoli casi una *clausola generale*, nel senso che il conferimento della espropriazione sarà subordinato alla esistenza di motivi impellenti di pubblica utilità e lasciando poi alla autorità amministrativa il compito di giudicare se, nel caso concreto, esistano i requisiti per procedere alla espropriazione.

La nostra legge federale sulla espropriazione ha scelto una via di mezzo; essa contiene da una parte una enumerazione dei casi principali per i quali la espropriazione viene autorizzata (vedi art. 4 alinea a. b. c. della legge fed. sulla espr.) e dall'altra quella clausola generale di cui parlammo sopra e che è contenuta nell'art. 4 alinea d. della stessa legge; essa è del seguente tenore: « al diritto sulla espropriazione ci si potrà appellare per la tutela di quelle misure che sono necessarie per il risarcimento di diritti soppressi o *per la salvaguardia del pubblico interesse.* »

Altri casi speciali di espropriazione noi vediamo contemplati nella legge del 22 giugno 1877 sulla polizia delle acque nelle regioni elevate e in quella del 24 giugno 1902 concernente gli impianti a corrente forte e a corrente debole.

Il principio fondamentale e quindi comune a tutta la legislazione sulla espropriazione è dunque questo: che *l'interesse individuale tutelato dalla legge dovrà cedere di fronte ad una ragione del pubblico interesse;* queste ragioni principali per cui è data l'espropriazione e che si riassumono poi tutte nella clausola generale che abbiamo trovato nel corso di questo capitolo sono:

I) *il bene pubblico*, chiamato comunemente in questa materia utilità pubblica;

II) la *costruzione di un'opera pubblica;*

III) *l'esercizio di un'opera* che sia veramente nel pubblico interesse o dedicata all'uso pubblico.

Abbiamo già visto che cosa sia il pubblico interesse; ora si tratta di sapere se con quest'ultimo coincida sempre l'interesse dello Stato; se cioè vi siano dei casi in cui l'espropriazione, pur essendo di vantaggio per lo Stato preso come autorità fiscale, non possa essere ammessa perchè non corrispondente ad un reale e sentito bisogno della collettività.

Secondo noi i due fattori *interesse dello Stato* ed *interesse pubblico* dovrebbero collimare, poichè altro compito lo Stato non dovrebbe perseguire, in teoria almeno, all'infuori del benessere dei propri cittadini; ed infatti l'uomo non per altro o almeno anche per questo si sollevò dalle forme primitive della tribù attraverso agglomeramenti sempre più grandi sino a venire incorporato nelle forme più perfette dello Stato moderno.

Lo Stato che è l'organismo pubblico per eccellenza, non dovrebbe mai procurarsi dei vantaggi o darsi a speculazioni fiscali a detrimento anche di uno solo dei suoi cittadini, se l'interesse pubblico non lo richieda assolutamente.

Si deve quindi concludere che *lo Stato sarà autorizzato alla espropriazione solo qualora il suo interesse, cioè quello della collettività, veramente ed assolutamente lo richieda;* non vi possono essere due interessi distinti; se così fosse lo Stato perseguirebbe una speculazione unilaterale e superflua uscente dalle sue competenze.

Ora anche il diritto idraulico è, come la proprietà privata, suscettibile di espropriazione; in pratica essa è però da considerarsi solo come un mezzo del concessionario di un'acqua pubblica di sottrarre o menomare diritti dei terzi; lo Stato per sottrarre una concessione idraulica esistente non si serve della espropriazione, ma bensì come vedremo in seguito della revoca, la quale costituisce il mezzo giusto e conseguente col quale lo Stato può abrogare quel diritto che egli stesso ha conferito, cioè la concessione.

Lo Stato può procedere anche per altra via, lasciando persistere la concessione e dando all'un concessionario la cui concessione è in contrasto con quella dell'altro, il diritto di espropriare tutti i diritti coi quali egli si trova in contrasto, compreso quindi il diritto all'esercizio della concessione.

b) *la revoca.*

E' la possibilità dello Stato di menomare o sottrarre i diritti conferiti dalla concessione.

La revoca avviene là dove lo Stato, per motivi di utilità pubblica, deve sottrarre al concessionario di un'acqua pubblica la sua concessione, si capisce solamente dietro congruo risarcimento.

Essa presuppone sempre la incolpabilità del concessionario escludendone la colpevolezza la quale, ha come conseguenza l'estinzione del rapporto di concessione; così può avvenire, secondo l'art. 65 a della

legge fed. sulla util. delle forze idr., che l'autorità concedente può dichiarare estinta la concessione, « se il concessionario lascia trascorrere inutilmente i termini prescritti dalla concessione, specie per la giustificazione finanziaria e per la costruzione e l'apertura dell'esercizio, eccettochè, secondo le circostanze, ragioni di equità non ne giustificassero una proroga. »

Lo Stato in questo, come pure in tutti gli altri casi di colpevolezza da parte del concessionario non è obbligato a dare giustificazione alcuna del suo operato, perchè la incolpabilità del concessionario è il requisito fondamentale del diritto contrattuale.

Molto più indicata della espropriazione è la revoca della concessione, là dove esistano diverse piccole concessioni le quali debbano venir fuse in una sola.

Secondo l'art. 46 della legge fed. sulla util. delle forze idr., l'autorità competente deve accordare al concessionario il diritto di acquistare in via di espropriazione i fondi e i diritti reali che gli occorrono per la costruzione, la trasformazione o l'ingrandimento del suo impianto, se motivi di utilità pubblica lo richiedono.

Se la concessione viene espropriata è il nuovo concessionario che deve sopportare il risarcimento; se invece viene *revocata* dallo Stato, questo deve risarcire.

Secondo noi però la revoca offre qui una garanzia maggiore ed una tutela più sicura per gli interessi dei singoli concessionarii, appunto perchè qui (caso della revoca) è lo Stato che deve risarcire cioè un ente solido e sicuro, mentre là (caso della espropriazione) *è il nuovo concessionario e cioè una persona, un privato qualsiasi;* lo Stato da parte sua darà piuttosto la preferenza alla espropriazione che gli sarà meno grave, lasciando così procedere il concessionario alla espropriazione, invece di revocare lui stesso la concessione.

c) *la legge.*

Dopo esserci occupati della espropriazione, che è l'atto amministrativo, e della revoca che è invece il diritto reciproco delle due parti emanante dal contratto di concessione, passiamo ora all'esame di un terzo fattore che permette pure sottrazioni e menomazioni di diritti: è questo la legge.

La legislazione è illimitata nei suoi poteri; per essa non esistono i diritti acquisiti del concessionario; o meglio lo Stato, come autorità amministrativa, è legato ad essi in forza del contratto di concessione; come autorità legislativa egli è invece assolutamente libero di legiferare e non può tollerare che tali diritti gli siano d'impedimento; se, quindi, l'esercizio di questa sua funzione lo richiede egli potrà abolirli e menomarli, poichè ogni diritto non esiste se non in quanto e fino a quando lo Stato lo riconosce con la sua legislazione.

Una legge che abolisce dei diritti soggettivi, formalmente, *non potrà mai essere un atto illegittimo; materialmente* sì.

E' possibilissimo che lo Stato nell'esercizio delle sue funzioni legislative venga a contrasto con le leggi della equità; ma anche in questo caso ciò che in teoria è ingiusto, in pratica vale ed almeno in linea di massima è vincolante.

Questo suo potere quasi assolutistico lo Stato attinge alla costituzione (vedi art. 85 c. f. alinea 2), la quale è lo statuto fondamentale cui è subordinata tutta la rimanente legislazione.

La teoria oggidì predominante è insomma quella per cui lo Stato può disporre, secondo la propria volontà sovrana, della legge anche di quella costituzionale.

La somma volontà dello Stato, formalmente, non può mai aver torto, perchè dal fatto che il suo diritto è creato nel modo prescritto (cioè costituzionalmente), questo diritto è tale e vige anche se non corrisponde alle necessità della giustizia e della equità.

Vi sono però dei diritti d'indole pubblica i quali, al momento del conferimento, sono passati per garanzia dell'autorità statale a far parte della sostanza (in bonis) dell'autorizzato, venendo così ad assumere il carattere di diritti privati; sono questi i così detti *diritti acquisiti* (jura quaesita), che tratteremo più ampiamente nel paragrafo 14.

A questa categoria appartengono appunto i diritti allo sfruttamento delle acque pubbliche: *i diritti idraulici.*

Questi diritti costituiscono una limitazione tanto per il legislatore cantonale il cui potere è subordinato al diritto federale, quanto per il legislatore federale il quale è libero solo formalmente restando l'applicazione del suo diritto ai cantoni, perchè in linea di massima essi non possono venire sottratti, nè menomati appunto perchè essendo dei diritti privati vengono a cadere, almeno là dove essa esiste, nell'ambito della garanzia costituzionale della proprietà e quindi ad essere tutelati anche di fronte alla legge.

Anche qui però, come nella espropriazione e nella revoca, la situazione non è disperata perchè l'intervento del solito fattore, cioè della pubblica utilità, rende possibile un cangiamento e svincola il legislatore dirimpetto alla detta garanzia; la quale se costituisce in un certo modo un limite, in quanto di essa deve tener conto la legislazione se non vuol ledere arbitrariamente i diritti privati soggettivi, d'altra parte però non è un ostacolo assoluto.

Le soppressioni o menomazioni dei diritti acquisiti ad opera della legge, dovranno quindi avvenire solo se determinate da motivi di pubblico interesse, a vantaggio della collettività ed anche solo come vedremo in altro capitolo dietro corrisponsione di un adeguato risarcimento.

Abbiamo così esaminate tutte e tre le possibilità di sottrarre e menomare i diritti idraulici emananti dalla concessione; *concludendo possiamo dire che fondamentalmente il concessionario non può essere pregiudicato nei suoi diritti, vuoi con la ESPROPRIAZIONE per la natura stessa di tali diritti d'ordine privato soggettivo, vuoi con la REVOCA per il vincolo giuridico dello Stato emanante dalla concessione nella sua funzione contrattuale, vuoi infine con la LEGGE per la garanzia della proprietà sancita dalla costituzione.*

In tutti i casi però sarà possibile l'eccezione alla regola astraendo sia dalla natura soggettiva privata di tali diritti, sia dai vincoli del contratto di concessione, sia dalla garanzia costituzionale della proprietà, qualora lo richieda IL BENESSERE GENERALE il quale è la causa prima ed essenziale che giustifica in linea di massima le lesioni dei diritti privati.

§ 10 - Gli oneri del concessionario; loro possibilità di modifica.

Le categorie di oneri cui si sottopone il concessionario nel momento in cui viene autorizzato allo sfruttamento di una forza idrica sono due:

a) *quelli* conformi alla concessione;

b) *quelli* conformi alla legge.

Gli *oneri conformi alla concessione* sono quelli che trovano la loro giustificazione nel conferimento di un diritto speciale, del quale essi *costituiscono la mercede, la controprestazione.*

Essi hanno come requisito fondamentale quel diritto d'uso il cui esercizio dipende dal conferimento della concessione e che naturalmente sarà diverso, varierà da concessione a concessione caratterizzandole e differenziandole l'una dall'altra.

Non tutti gli oneri conformi alla concessione sono contenuti nel contratto od atto di concessione. Vi sono oneri conformi alla concessione anche all'infuori del contratto od atto di concessione e precisamente in leggi ed in ordinanze.

Per es. sono oneri conformi alla concessione le disposizioni di legge che regolano l'estensione del diritto d'uso e quelle in base alle quali la concessione viene conferita, sebbene non si trovino contenute nella concessione.

Per distinguere bene gli oneri conformi alla concessione dagli altri bisognerà sempre tener conto di ciò, che essi si riferiscono sempre ad un *jus speciale* — nel nostro caso al diritto allo sfruttamento della forza idrica — del quale essi costituiscono il contropeso; viene così a formarsi una specie di equilibrio tra il diritto idraulico speciale conferito e gli oneri conformi alla concessione.

Gli *oneri conformi alla legge sono quelli* comuni non solo a tutti i concessionarii di acque pubbliche, ma anche a tutti i cittadini di uno Stato indistintamente; o meglio quelli *che verrebbero a ledere la impresa, se questa non venisse esercitata* in forza di una concessione, ma bensì *nelle forme della libera attività.*

Essi costituiscono un complesso di norme che lo Stato sancisce *a salvaguardia della sicurezza* e del benessere pubblico; tali *oneri* conformi a legge sono ad es. quelli *emananti dalle leggi di polizia* oppure da quelle *tributarie generali.*

Ora che abbiamo delimitate le due categorie di oneri possiamo rispondere alla domanda, se gli oneri contenuti nel rapporto di concessione (conformi a concessione o conformi a legge) possano venire modificati in via ulteriore o no.

Secondo noi *non sono modificabili* — riservati però sempre i motivi d'interesse pubblico — *gli oneri conformi alla concessione,* tanto quelli contenuti nell'atto o contratto di concessione, come quelli ad essa conformi ma da essa non contenuti; ad es. le disposizioni di legge suesposte riguardanti l'estensione del diritto d'uso idraulico e il modo col quale esso viene conferito, disposizioni che rimangono in vigore anche dopo l'abrogazione della legge stessa e che derogano una legge ulteriore.

Gli oneri conformi alla legge invece e precisamente le disposizioni di polizia, le quali di regola sono vincolanti per tutti e non solo per i concessionarii di acque pubbliche, perchè riguardano la sicurezza della impresa, quelli *sono modificabili;* primo perchè tutti sono obbligati a sottostare alle norme di polizia vigenti, secondariamente perchè la loro inalterabilità pregiudicherebbe la sicurezza degli addetti alla impresa idraulica (operai) e dei rivieraschi non solo, ma anche gli interessi della pesca e della navigazione.

La distinzione teorica che abbiamo illustrato sopra ci conduce ad una soluzione, anche nella realtà della pratica così che possiamo dire:

I) *che non sono modificabili senza corrisponsione di risarcimento, riservati però sempre i motivi d'interesse pubblico, le clausole della concessione d'ordine commerciale, le quali sono quelle che costituiscono il lato affaristico, la speculazione della impresa idraulica;* tali clausole sono intimamente connesse al diritto idraulico conferito (jus speciale) e costituiscono perciò degli oneri conformi alla concessione.

Esse vennero stipulate reciprocamente dallo Stato e dal privato onde fosse reso possibile l'esercizio della concessione, cioè lo sfruttamento del corso d'acqua pubblico.

Ora è giusto ed equo che tali disposizioni (come quelle relative al pagamento od alla entità del canone annuo), le quali si riferiscono unicamente alle due parti contraenti — Stato e privato — e non ai terzi, vengano loro mantenute integralmente in linea di massima, o solo eccezionalmente modificate per motivi di interesse pubblico dietro risarcimento, se si pensa che ad altre condizioni (ad es. a quelle che lo Stato vorrebbe imporre al concessionario in via ulteriore) il

concessionario non si sarebbe forse mai impegnato alla utilizzazione del corso d'acqua, il quale sarebbe così rimasto una forza morta!

Se ad es. fu stabilito per il concessionario il pagamento di un canone annuo di fr. 5 per cavallo lordo (75 chilogrammetri al secondo) sarebbe ingiusta quella modifica che portasse il canone a 6 fr., perchè ciò costituirebbe unicamente un onere maggiore per il concessionario di quello sul quale egli dovrebbe poter contare e in base al quale egli si è rilasciato alla speculazione finanziaria.

A maggiore comprensione del caso suesposto vogliamo tracciare un parallelo con l'onere concernente la circolazione dei treni durante la notte, onere che lo Stato voleva modificare a svantaggio delle ferrovie senza volere per ciò corrispondere un risarcimento; si trattava della introduzione di nuovi treni notturni.

La vertenza fu giustamente risolta a favore delle ferrovie, perchè l'introduzione di altri treni notturni non aveva nulla a che fare con la *sicurezza* dei viaggiatori, nel mentre costituiva invece uno svantaggio rilevantissimo per le ferrovie.

II) *che sono invece modificabili senza corrisponsione di risarcimento le disposizioni di polizia, cioè quelle clausole le quali riguardano i rapporti con i terzi, la sicurezza della collettività ecc.;* primo perchè, come abbiamo già detto altrove, tutti i cittadini di uno Stato sono obbligati a sottostare alle norme di polizia vigenti e secondariamente per la essenzialità di tali clausole di fronte alle altre meramente affaristiche.

Poniamo il caso in cui il concessionario si sia impegnato a prendere delle misure speciali a tutela della salute ed igiene dei rivieraschi; tali misure sono rese necessarie da un cangiamento di livello nel bacino

d'acqua, onde impedire la formazione di paludi, l'infestamento dell'aria da parte di zanzare ecc.

Un tale onere non è previsto nel contratto di concessione; si tratta insomma unicamente di una misura di polizia la quale, deve però basarsi sopra di un fondamento legale.

Se ad es. la legge vigente non permette in questo campo una violazione da parte dell'autorità di polizia, *potrà una nuova legge costringere l'impresario* alla esecuzione di una tale misura di sicurezza e precisamente *senza risarcimento.*

Il concessionario qui non può avere una pretesa di risarcimento, per la semplice ragione che *le norme di polizia, essendo di potere vincolante generale,* vigono per tutti gli attinenti di uno Stato e quindi anche per i concessionarii di acque pubbliche; esse appartengono alla categoria degli oneri conformi alla legge i quali, sono modificabili senza risarcimento.

Un caso analogo al nostro troviamo ancora nelle ferrovie; queste si erano impegnate nel contratto di concessione ad adattare alle carrozze un dato freno ; quando più tardi venne brevettato il nuovo sistema Westinghouse, migliore di quello sino allora usato, le ferrovie vennero obbligate ad introdurlo, si videro insomma modificato un proprio onere, appunto perchè il nuovo freno aumentava la sicurezza della circolazione ferroviaria, costituendo così un vantaggio rilevantissimo per la sicurezza pubblica.

§ 11. - La concessione illegittima.

In linea di massima vale la presunzione che la concessione conferita dall'autorità competente sia sempre conforme alla legge, perchè si presuppone appunto che gli organi amministrativi supremi dello Stato siano, più di qualsiasi altro, a conoscenza di essa; poi perchè è necessario che al momento della accettazione la concessione sia in armonia con tutte quelle disposizioni che sono necessarie al mantenimento della pubblica sicurezza, della salute pubblica ed alla conservazione delle bellezze naturali.

La legittimità di una concessione è subordinata insomma alla osservanza di tutte quelle leggi e disposizioni di cui essa forma l'oggetto ed alla mancanza di imperfezioni essenziali per la sua validità.

La concessione è *imperfetta* (tralasciamo le imperfezioni che possono sorgere dalla procedura nel conferimento: ad es. dalla mancanza di pubblicazione) se il suo contenuto non corrisponde sotto ogni rapporto alle disposizioni della legge, vale a dire se ad essa non è conforme.

Prima di passare all'esame della concessione come atto amministrativo d'ordine parzialmente privato (vedi nella prima parte la nostra teoria della conces-

sione quale compromesso), vogliamo vedere anzitutto quali siano le conseguenze comportate dalla imperfezione in un atto amministrativo comune.

La teoria (vedi *Otto Mayer*: deutsches Verwaltungsrecht vol. I pag. 95); *Walter Jellineck*: Verwaltungsrecht pag. 44; *Kormann:* rechtsgeschäftliche Staatsakte pag. 203) dice presso a poco che le *imperfezioni essenziali* hanno come conseguenza la *nullità*, mentre invece le *imperfezioni non essenziali* lasciano *inalterata* la concessione.

Una tale distinzione, bisogna riconoscerlo, non facilita molto la soluzione del nostro problema; dal momento che noi definiamo come essenziali quelle imperfezioni che hanno come conseguenza la nullità dell'atto amministrativo e come non essenziali quelle che non la comportano, non abbiamo ancor detto nulla; la definizione, pur non essendo errata è insignificante e un poco lapalissiana; perchè?

Appunto per la difficoltà di stabilire un limite tra l'essenziale e il non essenziale, di sapere cioè fin dove arrivi il primo e dove cominci il secondo, quale sia l'indispensabile e quale il superfluo per la validità di un atto amministrativo.

La legge non dice nulla in proposito e di questo non la possiamo rimproverare, poichè manca ed è del resto impossibile una formula fissa e completa che delimiti l'essenziale dal non essenziale, essendo detti concetti di natura troppo vaga; il che non esclude però una soluzione.

La quale è possibile, ma non con l'aiuto della legge che non menziona affatto i casi essenziali di imperfezione, non con la argomentazione logica delle conseguenze dai fatti, ma *solo in base alla importanza ed*

al giusto apprezzamento della imperfezione e degli interessi che con la eventuale modifica vengono ad essere lesi.

Alla soluzione non si potrà giungere mediante i procedimenti della logica, ma *solo con un equo giudizio valutativo delle circostanze.*

Nella pratica le possibilità di modifica di concessioni idrauliche imperfette si riducono a tre casi fondamentali:

I) il caso della *concessione nulla ab initio,* cioè già dal momento in cui essa venne conferita.

Qui è esclusa ogni possibilità di modifica per la semplice ragione che una tale concessione *non è mai esistita;* ora ciò che non esiste, che non ha mai avuto un principio non può logicamente venire modificato.

II) il caso in cui la *concessione* è *valida,* ma *non conforme alla legge* onde essa *deve venire necessariamente modificata.*

Ad una modifica conduce ad es. *necessariamente* la imperfezione contenuta nella autorizzazione all'esercizio di una fabbrica la quale, non tiene conto soverchiamente o per lo meno non sufficientemente della sicurezza o della salute degli operai; qui una modifica è giusta, autorizzata e la modificabilità è la conseguenza logica della applicazione del diritto coercitivo il quale, deve essere applicato d'ufficio per la salvaguardia della sicurezza degli operai, cioè dei pubblici interessi.

III) il caso in cui la *concessione* è *valida* ma *non conforme alla legge, dove però* la illegittimità non pregiudica la *concessione,* così che questa *rimane inalterata.*

Così avverrà probabilmente, se proprio non si tratti di ragioni di forza maggiore, per la autorizzazione alla costruzione di una fabbrica, mediante la quale si è potuto costruire un edifizio contrastante con le disposizioni della legge; una tale autorizzazione essendo illegittima e quindi illecita, dovrebbe conseguentemente venire modificata in via ulteriore; però non avviene così, poichè la sua ulteriore modifica verrebbe a ledere fatalmente molti altri interessi del concessionario stesso (ad es. l'interesse che questi può avere a che non gli venga distrutta una costruzione di valore), venutisi mano a mano a formare in forza e come conseguenza della autorizzazione.

Tali interessi del concessionario da un certo punto di vista (economico ad es.) non son meno degni della tutela giuridica di quel che siano quelle disposizioni legittime, che l'autorità competente ha trasgredito ed ora vorrebbe modificare; una modifica avrebbe infatti come conseguenza la demolizione dell'edifizio, si può immaginare con qual pregiudizio per gli interessi del proprietario il quale, in buona fede si era rilasciato completamente all'errore dell'autorità.

Una conseguenza simile potrebbe avere anche la abrogazione di una naturalizzazione; il naturalizzato, il quale confidando nella autorità avesse rinunziato alla cittadinanza finora avuta, verrebbe con la abrogazione a trovarsene senza del tutto e ad essere un senza patria con la sua famiglia.

Nei due casi sopra citati l'applicazione precisa della legge sulle fabbriche, rispettivamente sulle naturalizzazioni, *richiederebbe una modifica,* quelli non essendo conformi a queste; *l'intervento di altri interessi più importanti però non la rende possibile.*

Nei tre esempi sopra illustrati, abbiamo cercato di stabilire una regola fissa che permetta di sapere quali siano le concessioni modificabili e quali quelle inalterabili.

Per la soluzione del problema abbiamo adottato come base fondamentale il criterio della validità dicendo: che *le concessioni ab initio imperfette non sono modificabili perchè non esistono,* mentre invece *quelle valide* (conformi o non conformi alla legge) *sono modificabili oppure rimangono inalterate a seconda se predominano gli interessi lesi dalla trasgressione della legge* (ad es. tutti gli interessi della sicurezza e della salute pubblica), *oppure quelli* che verrebbero *pregiudicati con una modifica della concessione.*

La regola da noi formulata presuppone insomma nel secondo e nel terzo caso, che la concessione sia *valida;* e se non lo è ?

Per rispondere a tale domanda faremo anzitutto un paragone tra il nostro caso della concessione e la votazione !

Che cos'è che rende invalida una votazione? quali sono le infrazioni essenziali alla legge elettorale? quali quelle non essenziali?

Alcune sono previste dalla legge stessa, come ad es. da quella feder. del 19 luglio 1872 concernente le votazioni federali; nell'art. 7 che si riferisce poi agli art. 2 e 6 della stessa legge, essa menziona come motivi essenziali di ricorso: la mancanza della cittadinanza, la minore età, ecc.

Là dove la legge tace è chiamata l'autorità competente (vedi ad es. l'art. 189 della legge feder. del 22 marzo 1893 concernente la organizzazione dell'autorità giudiziaria feder.) la quale è tenuta ad un esame profondo ed al giusto apprezzamento dell'importanza che

la lesione della legge elettorale ha avuto sul risultato, della coerenza causale insomma che corre tra la lesione ed il risultato.

Lo stesso vale per le concessioni idrauliche.

Anche la legge feder. del 22 dic. 1916 sulla utilizz. delle for. idr. enumera nella sua seconda parte e inoltre negli art. 40, 41, 48, 50, 54, 58, la serie di condizioni verso cui la concessione deve essere esercitata e *conferita*: esse riguardano la polizia sulle acque, la conservazione delle bellezze naturali, la pesca, la navigazione ecc.

Ora quali lesioni saranno tanto gravi da provocare una modifica nella concessione?

Il Tribunale federale (49/I pag. 182) nella sua sentenza concernente le officine elettriche della Lonza, ammette che un atto amministrativo possa venire annullato se contenente delle imperfezioni; aggiunge però che la nullità dovrebbe essere prodotta solo da infrazioni veramente gravi, dalle quali egli esclude ad es. un controsenso del contenuto dell'atto amministrativo con la legge; perchè altrimenti, egli dice, ogni atto della amministrazione che fosse materialmente imperfetto, sarebbe nullo.

Se però, esso continua, l'imperfezione non può essere o non viene contestata, l'atto amministrativo non viene abrogato d'ufficio dall'autorità competente, ma permane e vige a malgrado della sua imperfezione.

Su questo punto siamo d'accordo anche noi con la pratica del Tribunale federale.

Le disposizioni enumerate dalla legge federale sulla util. delle for. idr., almeno in linea di massima, devono venire osservate altrimenti non si comprenderebbe il motivo della loro esistenza; che però la loro trasgressione da parte dell'autorità, richieda sempre

l'abrasione della parte della concessione in contrasto con la legge, è discutibile!

Secondo noi tale possibilità è da ammettere solo se la trasgressione è veramente grave; altrimenti la modifica potrà bastare.

Ma siccome abbiamo visto, d'accordo anche col Tribunale federale, che le infrazioni e le imperfezioni non essenziali possono lasciare inalterato l'atto amministrativo comune e avendo inoltre a favore nel nostro caso ancora un secondo elemento per la inalterabilità (cioè il vincolo emanante dal contratto di concessione), noi potremo applicare lo stesso principio anche alla concessione.

Non diremo quindi, secondo i dettami della logica, poichè la legge è stata lesa che la modifica è necessaria, ma procedendo sempre *secondo il principio del giusto apprezzamento valutativo* delle circostanze, *cercheremo* equamente *il limite tra la inalterabilità e la modifica.*

La nostra conclusione è che *l'infrazione non essenziale delle norme sulla polizia delle acque,* sulla pesca, sulla navigazione *non deve costituire pregiudizio per gli interessi del concessionario, a meno* proprio *che motivi di utilità pubblica lo richiedano e allora sempre solo dietro risarcimento;* ma qui è inutile che ci dilunghiamo più oltre poichè veniamo a cadere in un argomento che svolgeremo in un altro capitolo.

Piuttosto vogliamo ancora rispondere ad un'ultima domanda: chi è competente nel decidere in seconda istanza sulla modifica o sulla inalterabilità di una concessione? il Consiglio feder. od il Tribunale federale?

L'art. 71 della legge feder. sulla util. delle for. idriche dice: «le contestazioni che sorgessero tra il concessionario e l'autorità concedente sui diritti e sugli

obblighi derivanti dalla concessione, saranno, semprechè la presente legge o l'atto di concessione non disponga altrimenti, decise in prima istanza dalla competente autorità giudiziaria cantonale e in seconda istanza dal Tribunale feder. come corte di diritto pubblico.

Se la concessione fu accordata da più Cantoni o dal Consiglio feder. la decisione spetta in prima ed ultima istanza al Tribunale feder. come corte di diritto pubblico. »

D'altra parte l'art. 72 della legge fed. sulla util. delle for. idr. incarica il Consiglio federale della esecuzione della legge: « il Consiglio federale è incaricato della esecuzione della presente legge; esso emana tutte le disposizioni esecutive spettanti alla Confederazione.

Esso designa, mediante ordinanza, le disposizioni della presente legge che non sono applicabili a piccoli impianti idraulici.

Le decisioni che il Consiglio federale deve prendere, d'ufficio o su ricorso, in applicazione della presente legge, sono definitive, ove non sia disposto altrimenti. »

Dall'art. 72 menzionato possiamo trarre la conclusione che *le contestazioni,* i ricorsi *riferentisi a disposizioni esecutive,* vale a dire alla applicazione *della legge feder.* sulla util. delle for. idr., *vengono prese* definitivamente *dal Consiglio federale;* tutte *le altre contestazioni riguardanti l'atto di concessione vengono* invece *decise* in seconda istanza *dal Tribunale federale* come corte di diritto pubblico; per le modifiche comportate dalla violazione di disposizioni esecutive della legge federale è competente il Consiglio feder.; per quelle invece comportate da violazioni verificatesi dopo il conferimento della concessione e non riferen-

tesi a norme esecutive della legge è competente, in seconda istanza, il Tribunale federale.

Solo nel caso in cui il Consiglio federale stesso abbia conferita la concessione, i ricorsi riferentisi a disposizioni esecutive della legge federale sulla util. delle for. idr. vengono giudicati dal Tribunale federale come corte di diritto pubblico; il motivo di questa norma è quello di escludere il giudizio del Consiglio federale il quale, essendo parte interessata non potrebbe forse decidere sempre imparzialmente.

§ 12. - I diritti acquisiti e la loro importanza per il problema del risarcimento nelle lesioni dei diritti emananti dalla concessione idraulica.

Il problema va posto nei seguenti termini: può lo Stato, con disposizioni della costituzione o di leggi speciali o con atto amministrativo, sopprimere o menomare dei diritti privati soggettivi, oppure è esso vincolato alla natura privata stessa di essi od ai vincoli del contratto di concessione o infine alla garanzia costituzionale della proprietà?

Il diritto dei privati a farsi risarcire per i danni che sono stati imposti loro e per i diritti acquisiti che sono stati forzati a cedere, si giustifica da sè; esso non è basato su norme speciali, non è il prodotto della legge: così si esprime *Bluntschli* nel suo « allgemeines Staatsrecht » (pag. 142-143).

Il nostro postulato è il seguente: *lo Stato non può violare liberamente il campo dei diritti individuali dei cittadini; un diritto una volta acquisito da un individuo, non deve essergli tolto senza il suo consenso; se però un motivo di forza maggiore rende inevitabile una lesione di esso, alla parte lesa dovrà venire corrisposto un equo risarcimento.*

Il postulato corrisponde all'art. 43/II della legge fed. sulla util. delle for. idr. che dice: « il diritto d'utilizzazione una volta concesso, può essere revocato o ridotto solo per motivi di pubblica utilità e verso piena indennità. »

E qui è necessario che diamo un cenno rapido ai diritti acquisiti, nella cui categoria vengono a cadere i diritti idraulici, oggetto del nostro argomento; è la legge federale stessa che lo dice : « colla concessione il concessionario *acquista,* nei limiti dell'atto di concessione, il diritto alla utilizzazione del corso d'acqua. » (art. 43/I)

Il diritto acquisito, o diritto soggettivo, è un diritto privato; si identifica con quest'ultimo; infatti entrambi questi diritti sono tali che il possessore può disporre di essi liberamente, secondo il suo libero arbitrio.

Qual'è il motivo di questo potere dispositivo del possessore ?

E' questo: *che il possessore, e lui solo, può rinunziare ai diritti suesposti; il potere dispositivo sui diritti acquisiti* (quindi su quelli privati) *è* perciò *subordinato al diritto di potervi rinunziare.*

I diritti acquisiti dipendono insomma dalla libera volontà di colui che ne è investito; sono suoi, gli appartengono appunto perchè *egli solo* vi può rinunziare.

Se noi confrontiamo i diritti acquisiti col diritto alla pubblica assistenza o con quello alla frequenza della scuola, noi vediamo che l'indigente e rispettivamente il padre dello scolaro non sono autorizzati alla rinunzia del loro diritto (per lo scolaro il diritto alla frequenza della scuola è anzi un obbligo; non può dire il padre: rinuncio pure a questo diritto, purchè il figlio mi sia d'aiuto in casa); essi lo possiedono se

la legge lo ha loro conferito e lo detengono sino a che non subentri una modifica della legge, in forza della quale essi sono autorizzati.

Abbiamo parlato qui di diritti, ma non si tratta di diritti veri nel senso della parola, poichè tanto l'indigente quanto il padre dello scolaro non possono disporre su di essi allo stesso modo come il creditore sulla sua pretesa; per il primo il diritto alla assistenza è costituito di un'azione d'indole filantropica, la quale è indipendente dalla sua volontà; egli beneficia dell'assistenza perchè così vuole la legge, ma solo fino a quando quest'ultima lo permette perchè da essa dipendono appunto tanto la persistenza, quanto l'estinzione del suo diritto.

Per il creditore invece vale il contrario; il suo diritto alla pretesa è personale non solo, ma subordinato completamente alla sua volontà così che esso persiste sino a che egli non ne abbia fatta rinunzia formale : senza sua rinunzia il diritto permane.

Lo stesso vale per i diritti emananti dalla concessione idraulica i quali, appunto perchè sono dei diritti acquisiti (e questo ce lo dà la legge per definizione). dipendono dal libero arbitrio del concessionario. dalla sua volontà; qui l'individuo domina il diritto.

Il creditore, come pure il concessionario, possono contare liberamente e con sicurezza sopra i loro diritti, perchè sanno che il destino di questi non dipende dalla legge, ma bensì dalla loro volontà di conservarli o di rinunziarvi.

L'indigente ed il padre dello scolaro invece non possono affidarsi ai loro diritti alla stessa maniera del creditore o del concessionario, perchè il legislatore mediante una modifica della legge è autorizzato a sot-

trarli od a menomarli loro, qualora detti diritti siano diventati superflui od anche solo parzialmente necessari.

I diritti idraulici sono insomma con la pretesa del creditore (vedi diritto delle obbligazioni) *dei diritti privati i quali, essendo in potere del concessionario, sono indipendenti dal volere del legislatore.*

Anche per essi vale la regola delle pretese di natura privata; dal momento che il diritto è sorto perchè così ha voluto l'autorizzato (con l'approvazione dello Stato), *è giusto che esso non venga abrogato in* via ulteriore *contro la volontà dell'autorizzato.*

Se è vero che una concessione non può sorgere senza la libera accettazione, senza il *consenso* del concessionario, è giusto che la concessione costituitasi in tal modo non venga ulteriormente revocata contro la volontà del concessionario, precisamente come in un contratto.

Il che significa che se il legislatore ha creato un diritto idraulico, lo ha messo cioè alla libera disposizione dell'autorizzato e poi glie lo sottrae in via ulteriore mediante un'altra legge per un motivo positivo qualsiasi, *egli viene ad essere sempre in controsenso con sè stesso;* con questo suo agire non conforme alle norme della equità egli si rende colpevole di fronte alla parte lesa.

In tutti questi casi, questo è certo, si ha sempre la sensazione che dette lesioni siano delle vere violazioni dei diritti acquisiti.

Una tale sensazione non la si ha invece nel caso in cui vengano aboliti dei diritti i quali, si basano sopra leggi d'ordine pubblico (come ad es. quella che regola il diritto alla assistenza pubblica, alla frequenza della scuola ecc.), perchè tanto l'indigente quanto lo

scolaro, l'uno col venire autorizzato all'assistenza e l'altro alla frequenza della scuola non ricevono una speciale autorizzazione (come avviene invece nella concessione); i loro diritti sono costituiti puramente di semplici applicazioni degli assiomi astratti contenuti nella legge e *sono* perciò *modificabili.*

Il privato invece al quale fu conferita una concessione per lo sfruttamento di un corso d'acqua pubblico, non viene autorizzato unicamente mediante la semplice applicazione di una norma fondamentale d'ordine giuridico pubblico (come nei due casi precedenti), ma *riceve* in forza di un atto amministrativo da lui accettato, *un diritto patrimoniale* vale a dire un diritto del quale colui che ne è investito (nel caso nostro il concessionario) può essere sicuro, presentando esso le stesse garanzie di qualsiasi altro diritto patrimoniale, cioè *la garanzia della inalterabilità.*

Malgrado ciò abbiamo già visto nel corso di questo lavoro, come le lesioni di diritti acquisiti ed ora possiamo quindi dire anche quelle dei diritti idraulici, siano talvolta inevitabili perchè volute da quella necessità di forza maggiore che è *l'utilità pubblica,* cioè *il benessere della collettività.*

La motivazione dell'ammissibilità di una tale infrazione alla regola, mercè la quale possono venire pregiudicati i diritti patrimoniali che sono inalterabili per eccellenza, ci è data dall'essenza stessa dell'istituto della concessione (vedi § 7), la quale consiste da una parte nel trasferimento di una facoltà che essendo sottoposta al diritto pubblico può venire revocata se l'interesse pubblico lo richiede e dall'altra nella garanzia di un vantaggio sul quale il concessionario deve poter contare allo stesso modo come sul possesso di diritti privati; egli deve essere autorizzato al vantaggio pro-

messo, lo stesso come da un diritto emanante da un rapporto giuridico d'ordine privato.

I diritti idraulici, la concessione insomma, possono quindi venire pregiudicati, ma il concessonario in forza della garanzia datagli nell'atto di concessione, ha *un diritto certo al risarcimento;* il legislatore non può sottrarre o menomare diritti idraulici esistenti senza corrisponsione di risarcimento; altrimenti viene a trovarsi in contrasto con sè stesso; infatti è certo che se il concessionario ha regolato i suoi piani e la sua speculazione in base al valore della facoltà che gli è stata conferita dallo Stato, questi non può modificargliela senza violare i suoi (del concessionario) diritti acquisiti e rendere così incerto, privo di garanzia già fin nei suoi fondamenti anche il diritto privato e nel nostro caso la disposizione indipendente sopra il diritto idraulico.

Il legislatore non può contestare, senza contraddirsi, ciò che ha già sanzionato una volta; ogni pregiudizio dei diritti conferiti dallo Stato con la garanzia della irrevocabilità ed inalterabilità, costituisce per esso *una smentita.*

Così *siamo tornati* al postulato donde eravamo partiti e cioè *alla conclusione che lo Stato* per potere esistere e perseguire realmente il benessere dei suoi dipendenti, *debba talvolta* poter essere autorizzato a *ledere* il principio della inalterabilità dei *diritti acquisiti dei privati, ma solo verso una equa indennità.*

A sostegno della nostra tesi vogliamo citare, primo fra tutti, il prof. *Walter Burckhardt;* poi Rüttimann il quale, nel suo « nordamerikanisches Bundesstaatsrecht vol. II § 543 », afferma l'obbligo dello Stato a risarcire per tutte le lesioni di diritti acquisiti dell'individuo.

Inoltre tutte le costituzioni cantonali elvetiche, esclusa quella del Ticino, dei Grigioni, di Soletta e dell'Appenzello interno, garantiscono in modo esplicito la inviolabilità dei diritti acquisiti nel mentre prevedono il risarcimento là dove il benessere pubblico implica un pregiudizio di essi; così ad es. l'art. 4 della costituzione cantonale di Zurigo del 18 aprile 1869 che dice: « der Staat schützt wohlerworbene Privatrechte. *Zwangsabtretungen sind sulässig*, wenn das öffentliche Wohl sie erheischt. Für solche Abtretungen wird *gerechte Entschödigung* gewährt. »

Ai diritti acquisiti nel senso della disposizione costituzionale menzionata appartengono appunto i diritti del concessionario.

In qual modo il concessionario danneggiato da violazioni da parte dello Stato potrà far valere il proprio diritto acquisito?

Secondo il diritto svizzero egli potrà valersi di due rimedi legali: *o* pretendere *dal Tribunale federale per mezzo del ricorso di diritto pubblico* l'abrogazione della disposizione statale impugnata (vedi art. 175/III della legge federale concernente la organizzazione giudiziaria) se questa è incostituzionale, *oppure promuovere causa di risarcimento contro il fisco*, sempre davanti al Tribunale federale, considerando quest'ultimo le pretese di risarcimento per violazioni di diritti idraulici da parte dello Stato, come pretese di natura civile (vedi art. 48/IV della stessa legge federale).

§ 13. - La giurisprudenza del Tribunale federale.

Il Tribunale federale, estendendo l'ambito dell'articolo 48 della legge federale sulla organizzazione giudiziaria concernente le contestazioni tra i cantoni ed i privati (nel nostro caso tra il concessionario ed il governo cantonale), ha inquadrato l'obbligo di risarcimento dello Stato per violazioni nella sfera giuridica privata nel diritto privato, separandolo così dal diritto pubblico. (vedi vol. 12 pag. 688 Lucerna contro la Confederazione).

Va bene che in sè le pretese di risarcimento di un privato verso lo Stato sono di natura pubblica in quanto ad esse l'individuo è autorizzato come membro della comunità e non in forza del suo privato interesse; tuttavia solo in casi eccezionali il Tribunale federale ha considerato le cose da questo punto di vista e dichiarata la suesposta pretesa di risarcimento essere di natura pubblica. (vedi la sentenza del 30 aprile 1898 vol. 24-II. pag. 281).

Le sue prime sentenze riconoscono un obbligo generale di risarcimento dello Stato per le lesioni dei diritti acquisiti del concessionario; tuttavia da esse traspare sempre più la tendenza alla limitazione di un tale onere; così che dalle ultime sentenze si può arguire facilmente la nuova pratica del Tribunale fede-

rale in materia, cioè quella secondo la quale esso riconosce, a torto però, un obbligo di risarcimento dello Stato per violazioni dei diritti acquisiti del privato, solo nei casi previsti dalla legge.

La giurisprudenza è venuta così mano a mano ad armonizzarsi con la letteratura giuridica moderna. (vedi *Anschütz:* Ersatzanspruch im Verwaltungsarchiv vol. V. pag. 5; Otto *Mayer:* a. a. O vol. II. pag. 358).

I casi che si presentano al Tribunale federale sono due :

a) se la legislazione prevede *esplicitamente* un risarcimento, la cosa è semplicissima ed esso concede al danneggiato il risarcimento; l'unica difficoltà sta qui nel computo della indennità.

b) le difficoltà appaiono invece là dove la legislazione tace; allora esso ricorre a norme giuridiche di indole generale ponendosi il problema: può lo Stato ammettere un obbligo di risarcimetno d'indole generale ?

In questo caso, secondo noi, *bisognerà procedere* nel modo con cui procederebbe il legislatore giusto ed equo se la pretesa fosse motivata materialmente e cioè *secondo i criteri della equità;* poichè la motivazione di un diritto non può essere presunta a priori; non è possibile ammettere per tutti i casi un obbligo di risarcimento d'indole generale !

Nel campo dei diritti non esistono presunzioni; la ammissibilità del risarcimento non può quindi dipendere da presunzioni, ma bensì dalla *realtà dei fatti e dalla equità del legislatore.*

Il che vale in ispecial modo là dove il diritto costituzionale positivo non prevede *in modo esplicito* la inviolabilità dei diritti acquisiti ! (vedi ad es. la costituzione ticinese).

In questi casi il Tribunale federale arguisce un tale principio dalla interpretazione della garanzia costituzionale della proprietà (contenuta in tutte le costituzioni cantonali elvetiche), traendone l'obbligo di risarcimento dello Stato per violazioni dei diritti acquisiti. (vedi vol. 16 pag. 709 ff).

§ 14. - Il computo del risarcimento.

a) *computo oggettivo.*

Il risarcimento può venire valutato secondo il valore che la concessione ha *in commercio* (cioè secondo il prezzo corrente, secondo il valore di vendita); in questo caso il risarcimento sarà uguale al prezzo che il concessionario avrebbe ricavato dalla vendita volontaria della concessione.

Però siccome ogni concessione ha la propria individualità è piuttosto difficile calcolarne il prezzo di vendita, prima di tutto non essendo le concessioni cose fungibili e di più non essendo esse trasferibili; *l'applicazione del computo oggettivo al risarcimento è resa* quindi *impossibile dal fatto che la concessione non può venire alienata dal concessionario.*

b) *computo soggettivo.*

Al computo del risarcimento si procede secondo il valore che la concessione costituisce per l'attuale concessionario il quale, vuole che la concessione gli permanga.

Un tale computo è in realtà più giusto; infatti l'ipotesi secondo la quale la concessione per valere dovrebbe essere venduta, non regge per la impossibilità di una alienazione.

In questo caso *il risarcimento,* se vorrà essere *equo, gli dovrà essere calcolato in base all'interesse che egli ha a che la concessione non gli venga sottratta.*

Se si vorrà procedere secondo un tale computo soggettivo, bisognerà tener conto anzitutto del *mancato guadagno* (lucrum cessans) e poi anche degli svantaggi causatigli dal trasferimento della concessione; della perdita dei clienti, dei lavori fatti eseguire in buona fede (ad es. i piani, le costruzioni iniziate e non finite ecc.).

Secondo il diritto di espropriazione il danneggiato può scegliere, in linea di massima, il computo che gli sarà più vantaggioso; la motivazione di questa possibilità di scelta è giustificata dal fatto che il danneggiato, se non fosse subentrata la espropriazione, avrebbe potuto vendere più proficuamente il suo fondo, come avrebbe potuto anche tenerselo per utilizzarlo.

Ma nel nostro caso *il concessionario non potrà pretendere il valore di vendita, la concessione non essendo trasferibile ai terzi.*

Alcuni cantoni, come ad es. il Ticino ed il Vallese escludono il computo soggettivo: «nei casi di espropriazione totale di un immobile l'indennità consisterà nel giusto prezzo che a giudizio dei periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita prima della espropriazione. (art. 26 legge cant. sulla espropriazione).

Dove il danno potrà venire risarcito in natura, non sarà neppure il caso di parlare di computo oggettivo o di computo soggettivo; il risarcimento in natura non è previsto dalle leggi cantonali, ma non è neppure escluso. (vedi art. 18 della legge federale sulla espropriazione).

§ 15. - Il computo del risarcimento nella pratica del Tribunale federale.

1) Sotto l'impero della legge federale sulle forze idrauliche il Tribunale federale non ebbe finora mai a pronunciarsi su una domanda di risarcimento di danni proposta dal concessionario di un'acqua pubblica contro lo Stato concedente e fondata su ciò che egli avrebbe violato i diritti idraulici acquisiti del concessionario.

Tutte le contestazioni decise finora hanno per oggetto vuoi delle questioni di competenza, vuoi la interpretazione dell'atto di concessione o di norme giuridiche (leggi federali, cantonali ecc.) connesse a detto atto.

Secondo la pratica del Tribunale federale non v'ha dubbio che, ove una siffatta lesione fosse promossa, *la indennità sarebbe calcolata sempre solo* in base al valore che la concessione ha per il concessionario, cioè *secondo il computo soggettivo;* vale a dire che, salvo le eccezioni tassativamente previste dalla legge, essa dovrebbe essere piena. (vedi ad es. in argomento la legge federale del 20 giugno 1930 sull'espropriazione e specialmente gli art. 16 e seguenti).

Per quanto concerne le modalità dell'indenizzo non è escluso che talora, quando le circostanze lo facciano apparire equo e opportuno, esso possa consistere solo in una riduzione del canone annuo.

2) Sotto l'impero delle legislazioni cantonali il Tribunale federale ebbe, a pronunciarsi una sola volta su una questione di questo genere, nella sentenza «Spinnerei Marsarrt contro Turgovia del 23 settembre 1881. (vol. VII. pag. 571 e seg.).

Si trattava allora di una filanda concessionaria delle forze della Murg.

Dei lavori di correzione del fiume eseguiti dallo Stato ne ridussero il livello.

La concessionaria ritenne d'essere lesa nel suo diritto sulle acque e chiese un indennizzo; il Tribunale federale giudicò che, in base alla legge cantonale, essa aveva un diritto di carattere privato, la cui esistenza non impediva però allo Stato di esercitare i suoi diritti sovrani sul corso d'acqua, mediante dei lavori di correzione.

Lo Stato aveva però l'obbligo di indennizzare il privato leso *secondo le regole della espropriazione.* (vedi inoltre le seguenti sentenze: 52/I 177; 53/I 86; 54/I 436; 56/I 100; 57/I 329).

Letteratura

Affolter Friedrich: das intertemporale Privatrecht. (1902-1903)

Bluntschli J. R.: allgemeines Staatsrecht (1876)

Boittet Paul: la nature juridique des concessions d'eau. (Thèse droit Lyon 1901).

Berthelemy H.: Traité élémentaire de droit administratif (1916).

Burckhardt Walter: Komentar der schweiz. Bundesverfassung (1931).

idem: die Organisation der Rechtsgemeinschaft (1927).

idem: Studien zum schweiz. Eisenbahnracht. (aus dem politischen Jahrbuch der schweiz. Eidgenossenschaft. 1911).

idem: die wohlerworbenen Rechte des Beamten. (aus der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. vol. 64 libro 2. 1928).

Carrard, Heusler, Hilty: drei Rechtsgutachten über die rechtliche Natur der Eisenbehnkonzessionen (1877).

Endemann W.: Rechtsgutachten in Sachen der Hinterbliebenen des Herrn Rudolf Frei gegen die Direktion der schweiz. Nordostbahn wegen Schadenersatz. 1878.

Fleiner Fritz: schweiz. Bundesstaatsrecht. (1923).

Frenkenstein: internationales Privatrecht vol. I.

Geiser K. e *Abbühl*: Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (1918-1931).

Gianzana Sebastiano: La teorica delle acque private. (1884-1900).

Gleim W.: das Recht der Eisenbahnen in Preussen (1891).

Gmür: Kommentar zum Zivilgesetzbuch (1913).

Goranow B Jwan: rechliche Natur der Eisenbahnkonzession.

His Eduard: Geschichte des neuen schweizerischen Staatsrechts. (1920).

Huber Eugen : die Gestaltung des Wasserrechts im Künft. schweiz. Rechte. (1900).

Huber O : die Konzessionserteilung für Eisenbahnunternehmungen. (Zurigo tesi 1889).

Iten W. E. : das Wasserrecht nach dem Zuger Einführugsgesetz zum Z. G. B. (Tesi Zurigo).

Jellinek Georg : System der subiekt. öff. Rechte. 1919.

Jellinek Walter : Verwaltungsrecht. (1928).

Koch Hermann : Deutschlands-Eisenbahnen. (1860).

Laband : Staatsrecht vol. II pag. 362.

Lassalle Ferdinand : System der erworbene Rechte (1861).

Legge federale : del 22 dicembre sulla utilizzazione delle forze idrauliche.

Mayer Otto : Deutsches Verwaltungsrecht. (1924).

Meili Friedrich : das Telegraphen-Recht. (1871).

Meyer Georg : Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. (1910).

Mutzner Paul : die Bundesgesetzgebung über die Ausnutzung der Wasserkräfte. (1917).

Rüttiman : Rechtsgutachten über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen (1870).

Schultess-Rechberg von A : die Expropriation zu Gunsten von Wasserkraftunternehmungen. (Tesi Zurigo).

Seiler Oscar : rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession. (1888).

Sieber J : das Recht der Expropriation.

Sprecher von Bernegg. A : über die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öff. Gewalt. (Tesi Berna 1920-1921).

Vogt Erich : rechtmässige Eingriffe des Staates in subietive Privatrechte. (Zurigo 1909).

Waldkirch von H. : die öff. rechtliche Stellung der S. B. B (Tesi Zurigo).

Wettstein. B : Rückkauf und Heimfall im schweiz. Wasserrecht. (Tesi Zurigo).

Wolf : schweiz. Bundesgesetzgebung. (1904).

Indice

Letteratura e introduzione 7

Parte I. - Le teorie delle concessioni.

§ I. Teoria della natura contrattuale della concessione 13

§ II. Teoria della concessione come atto amministrativo unilaterale e revocabile . . 20

§ III. Critica delle teorie esposte sulla concessione 25

§ IV. La teoria che considera la concessione come un privilegio 30

§ V. Confutazioni della teoria del privilegio. 34

§ VI. Considerazioni d'indole generale per una soluzione conciliativa delle teorie fondamentali sulla concessione 38

Parte II. - Tesi conciliativa.

§ VII. La concessione è un compromesso tra il diritto pubblico ed il diritto privato. . 49

§ VIII. La concessione di diritti idraulici . . 56

§ IX. Sottrazioni e menomazioni dei diritti conferiti dalla concessione. Espropriazione, revoca e legge 59

§ X. Gli oneri del concessionario. Loro possibilità di modifica 68

§ XI. La concessione illegittima 73

§ XII. I diritti acquisiti e la loro importanza per il problema del risarcimento, nelle lesioni dei diritti emananti dalla concessione idraulica 82

§ XIII. La giurisprudenza del Tribunale federale 89

§ XIV. Il computo del risarcimento . . . 92

§ XV. Il computo del risarcimento nella pratica del Tribunale federale 94

ARTI GRAFICHE GRASSI & CO. - LUGANO-BELLINZONA